

ÉTUDE DES PRÉLÈVEMENTS

DANS LE RÉGIME

DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 14 Juin 1930, à 14 heures

PAR

Pierre RAYNAL

Président : M. DEMOGUÉ, Professeur.

<i>Suffragants...</i>	{	MM. ROUAST.....	{	<i>Professeurs</i>
		ESCARRA.....		

PARIS

E. DE BOCCARD, ÉDITEUR

ANCIENNES MAISONS THORIN ET FONTEMOING

1, RUE DE MÉDICIS, 1

1930

Raynal.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

ÉTUDE DES PRÉLÈVEMENTS

DANS LE RÉGIME

DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 14 Juin 1930, à 14 heures

PAR

Pierre RAYNAL

Président : M. DEMOGUE, Professeur.

<i>Suffragants.....</i>	<i>{</i>	MM. ROUAST	<i>}</i>	<i>Professeurs</i>
		ESCARRA.....		

PARIS

E. DE BOCCARD, ÉDITEUR

ANCIENNES MAISONS THORIN ET FONTEMOING

1, RUE DE MÉDICIS, 1

1930



PLAN

CHAPITRE PREMIER. — INTRODUCTION. — *Des divers cas de Prélèvements. La théorie générale du Prélèvement.*

CHAPITRE II. — *Position de la question.*

CHAPITRE III. — *Intérêts pratiques du prélèvement.*

CHAPITRE IV. — *Nature juridique du prélèvement.*

CHAPITRE V. — *Le prélèvement, mode de règlement d'une créance. Conséquences.*

CHAPITRE VI. — *Le prélèvement, opération de partage. Conséquences.*

CHAPITRE VII. — *Conditions d'exercice du prélèvement. Quant aux personnes. Quant aux créances. Quant aux biens.*

CHAPITRE VIII. — *Fins de non-recevoir à l'exercice du prélèvement.*

CHAPITRE IX. — *Le prélèvement en cas de faillite.*

CHAPITRE X. — *Le prélèvement au point de vue fiscal.*

CHAPITRE XI. — *Application du prélèvement aux autres régimes que la communauté légale. Clauses de prélèvement facultatif.*

CHAPITRE XII. — *Cas de la femme renonçante ou exerçant un recours sur les biens du mari.*

CONCLUSION.

BIBLIOGRAPHIE

AUTEURS

- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français*, 5^e édit. revue par M. Bartin, t. VIII, § 511, p. 147 et suiv.
- BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE. — *Traité théorique et pratique de Droit civil français*, 4^e édit., t. II, n. 1061 et suiv.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit civil français*, 4^e édit., t. III, p. 195 et suiv.
- DALLOZ. — *Répertoire de législation*. Mot : contrat de mariage, n° 2378 et suiv.
- *Répertoire pratique de législation de doctrine et de jurisprudence*. Mot : communauté, n° 878 et suiv.
- GUILLOUARD. — *Du contrat de mariage*, t. II, n° 918 à 978, 3^e édit., p. 384 et suiv.
- LAURENT. — *Principes de Droit civil français*, 3^e édit. t. XXII n° 498 à 542, p. 511 à 566.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit civil*, t. III, n° 1263 et suiv.
- PLANIOL et RIPERT (NAST). — *Traité pratique de Droit civil*, t. IX (ou NAST : *Régimes matrimoniaux*, t. II), n° 829 et suiv.
- RODIÈRE et PONT. — *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, t. II, n° 1072 et suiv.

THESES

- APOSTOLESKO. — *Des règlements de compte entre copartageants*. Paris, 1910.
- COTHENET. — *Des prélèvements*. Dijon, 1885.
- DELAASSALE. — *Du Droit de prélèvement entre copartageants*. Caen, 1911.

LEGRAND. — *Des règlements de compte entre copartageants.*
Paris, 1891.

RAGOUET. — *Des prélèvements entre époux lors de la dissolution de la communauté.* Bordeaux, 1908.

REVUES

COTELLE. — Du droit de prélèvement dans les partages (*Revue trimestrielle de Droit civil*, année 1905, p. 5 et suiv.).

ESMEIN (A.). — De la nature des reprises dans les rapports des époux entre eux (*Revue critique*, année 1877, p. 38 et suiv.).

FOLLEVILLE (de). — Théorie des prélèvements (*Revue générale de droit*, 1878, p. 279 et suiv.).

PREFACE

Parmi les auteurs qui se sont occupés spécialement de la théorie des prélèvements dans le régime de communauté, les auteurs de thèses, sauf un¹, n'ont envisagé cette théorie que comme application d'une théorie générale, qu'ils ont essayé de construire. Cependant, une thèse a été faite sur ce sujet spécial² mais, depuis cette époque, la jurisprudence s'est développée et les principes de la question se sont précisés. Il semble bien qu'il y a encore place pour un travail; qui tout en ne concernant que les prélèvements dans le régime de communauté pourrait faire œuvre utile et pratique en essayant de mieux approfondir certains points, laissés jusqu'à présent quelque peu dans l'ombre et en groupant dans une étude cohérente, coordonnée et spéciale les solutions données par la jurisprudence ou proposées par les auteurs et les théories émises par ces derniers.

Après une courte introduction (chap. 1), destinée à explorer le terrain de nos recherches, nous diviserons le sujet traité en trois parties :

1^{re} Partie. — Généralités, chap. 2 et 3.

2^e Partie. — Caractères juridiques du prélèvement, chap. 3 à 6.

3^e Partie. — Conditions d'applications pratiques, chap. 7 à 12.

1. Apostolesco, Cothenet, Delassale, Legrand, thèses citées.

2. Ragouet, thèse citée.

CHAPITRE PREMIER

DES DIVERS CAS DE PRELEVEMENT

Le mot de prélèvement indique l'action de prendre avant. On prélève, par exemple, quand on retire d'une masse une certaine quantité de celle-ci. Il y aura prélèvement, quand, par application de la loi sur la répression des fraudes, des agents de l'Etat saisiront dans un ensemble de marchandises quelques-unes de celles-ci, pour les examiner plus tard. Nous ne nous occuperons pas de ce genre de prélèvement et nous étudierons seulement en guise d'introduction à notre étude, le prélèvement dans ses rapports avec le patrimoine. Dans ce cas, le prélèvement suppose l'existence d'une masse de biens. Cette masse n'est pas le patrimoine d'une seule personne car, sur elle, diverses personnes ont des droits différents et lorsqu'elle sera dévolue aux ayants-droit, certains de ceux-ci, invoquant des droits particuliers, pourront distraire, avant partage une certaine quantité des biens, qui composent cette masse.

Nous allons étudier successivement diverses institutions; certaines, tout d'abord, qu'on ne peut qualifier de prélèvements, mais qui ayant certaines analogies avec eux nous permettront de mieux compren-

dre ce que sont exactement les prélèvements de l'art. 1471, objet de notre étude; puis nous envisagerons des cas où le prélèvement est un mode de paiement : le cas des art. 829 et 830, et celui de l'art. 1471.

On trouve des exemples de prélèvement au sens large dans diverses lois et dans le Code Civil. Nous examinerons tout d'abord ces cas et nous les comparerons ensuite au prélèvement dans le régime de la communauté, prévu par les art. 1470 et suivants du Code Civil, afin de mieux faire apparaître les caractères spéciaux de ce dernier.

Examinons en premier lieu la loi du 5 décembre 1922 sur les habitations à bon marché (loi dont le système a été développé par la loi du 13 juillet 1928).

Cette loi prévoit pour les immeubles dont elle s'occupe un régime successoral spécial. Aux termes de l'art. 815 C. C. nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision, et le partage peut toujours être provoqué, sauf le droit qu'ont les cohéritiers de convenir qu'ils resteront dans l'indivision, pendant une durée de cinq ans. Si des mineurs sont intéressés dans le partage, celui-ci doit revêtir la forme du partage judiciaire, ce qui entraîne des lenteurs, des formalités, et des frais. La loi, que nous venons de citer apporte à ces principes deux exceptions : 1) L'art. 8 § 2 décide que l'indivision pourra se prolonger pendant plus longtemps. 2). L'art. 8 § 1 donne à l'époux survivant la faculté de prendre sur estimation la maison, dont il est question dans la loi, s'il en est propriétaire, pour un tiers au moins. L'époux survivant copropriétaire a une

faculté particulière : celle de conserver, moyennant indemnité, l'immeuble qu'il habitait au moment de la dissolution du mariage. Le but de cette disposition est facile à saisir et pratique : on veut éviter que des cohéritiers malveillants chassent l'époux de l'immeuble qu'il a habité pendant la durée du mariage.

Une disposition équivalente se trouvait déjà dans une loi antérieure : celle du 12 juillet 1909 (art. 19), complétée plus tard sur certains points par celle du 14 mars 1928 relative au bien de famille insaisissable. Le survivant des époux, s'il est copropriétaire, a le droit de réclamer l'attribution intégrale de ce bien. Dans ce cas aussi on veut éviter une licitation et empêcher que l'immeuble de famille puisse aller à des étrangers.

On ne peut guère qualifier ces deux facultés de prélèvements ou alors, appliqué à elles, ce mot n'a qu'un sens tout à fait général, imprécis et vague.

Nous rencontrons à diverses reprises, dans le Code Civil, des cas où des personnes peuvent distraire certains éléments d'une masse à partager en vertu de droits particuliers. Nous envisagerons tour à tour :

1. *Les successions*; 2. *les régimes matrimoniaux*;

1. Les successions

Au cas de partage d'une succession, la masse dont il faut régler l'attribution ne comprend pas seulement les biens existants dans l'hérédité au moment du décès du *de cuius*, les sommes que la vente de ces biens a pu produire, et les divers recouvrements de créances qui ont pu être effectués. Il faut, pour obtenir la masse

à partager, ajouter à ces biens les objets dont le rapport est dû par les différents cohéritiers. Le rapport peut se faire (art. 858 C. C.) de deux façons, soit en nature soit en moins prenant. Dans ce deuxième cas le successeur a reçu, à titre de don ou de legs, des biens en nature. Pour qu'il ne soit point avantagé aux dépens des autres successibles, il faut, ou que les sommes rapportées soient imputées sur la part de celui qui les a reçues ou que les autres successibles prennent sur la masse à partager des biens de valeur égale à ceux que détient déjà le successible débiteur du rapport. Ce fait de prendre des biens en nature, c'est le prélèvement (art. 830)¹ Les différents cohéritiers prennent sur les biens de l'hérédité différents biens de valeur égale au montant des rapports. Différents cas peuvent se présenter : *a*) ou le successible avantagé a recueilli un immeuble et il se trouve dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on peut former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers (art. 859). Dans ce cas, les prélèvements s'opèrent sur des immeubles, *b*) ou le successible avantagé a recueilli de l'argent. L'article 869 règle alors ainsi l'ordre des prélèvements. Les cohéritiers en faveur de qui existe le droit de prélèvement, prendront d'abord du numéraire; en cas d'insuffisance de celui-ci, des meubles et, à défaut de meubles, des immeubles.

1. Voir Aubry et Rau, t. X, § 624, p. 179 et § 634, p. 327-339; Planiol, III, n° 2268. Si après l'ouverture d'une succession, l'un des cohéritiers tombe en faillite et doit un rapport qu'il n'effectue pas en nature, son cohéritier a le droit de prélever une portion égale sur la masse de la succession, Req., 28 juin 1869, D. 1878.1.48.

Les objets prélevés devront être, autant que possible de même nature, qualité et bonté que ceux en vertu desquels le rapport est dû. L'utilité pratique de cette institution est d'éviter au cohéritier débiteur un déboursé d'argent, qui pourrait lui être désavantageux.

Quant à l'ordre des prélèvements, que nous venons de citer, nous le retrouverons plus loin dans un autre cas. C'est le plus naturel. L'argent comptant, tout d'abord, ne donne lieu à aucune difficulté, puis les meubles, choses, qui en 1804, étaient de peu de prix, puis les immeubles, qui pour le Code Civil sont les biens par excellence et qu'il importe de partager équitablement entre les différents cohéritiers¹. Ici le prélèvement sert à rétablir l'égalité entre copartageants. Il assure d'une façon très énergique à chaque cohéritier le paiement de sa part héréditaire. Le mot de prélèvement est justement appliqué à cette faculté du cohéritier.

L'institution du prélèvement n'est pas spéciale à la matière des successions. Nous allons la retrouver en étudiant les régimes matrimoniaux.

2. *Les régimes matrimoniaux*

Mettons tout d'abord à part une loi relativement récente, où la reprise de certains biens en dehors du

1. Sur une autre application de l'idée de prélèvement en matière de succession et en droit international privé, voir la loi du 14 juillet 1819, art. 2. « Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger, dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit en vertu des lois et coutumes locales. »

partage présente des caractères tout à fait particuliers. La loi du 13 juillet 1907 (art. 5, al. 2) permet à la femme renonçante de reprendre ses biens réservés. Cette disposition n'a pas pour objet, comme au cas de prélèvement en matière de succession, de rétablir l'égalité entre copartageants, mais de permettre à la femme de conserver quoiqu'il arrive les biens qui lui sont indispensables pour vivre et dont les ressources lui permettent « à elle et peut-être même à ses enfants, de vivre ». Il y a dans ce cas retrait de certains biens et non prélèvement.

Ce cas écarté, examinons dans les différents chapitres que le Code Civil consacre à la communauté légale ou conventionnelle, les différents cas dans lesquels un époux retire avant partage certains biens de la masse indivise, en commençant par les cas où l'époux reprend des biens dont il est propriétaire. Nous examinerons successivement quatre cas :

A) *Le prélèvement des propres parfaits.*

B) *Le prélèvement des linges et hardes.*

C) *Le préciput conventionnel.*

D) *Le prélèvement de l'article 1471.*

De ces divers cas, les deux premiers ne sont nullement des prélèvements, puisque ce que l'époux retire de la masse commune lui appartient en propre (dans le premier cas tout au moins, auquel on peut, nous le verrons plus loin, assimiler le deuxième). L'époux alors ne prélève pas, il revendique. Dans le troisième cas, le préciput, sans doute l'époux bénéficiaire du préciput « prend avant », mais le mot de prélèvement

ne peut s'appliquer à cet acte que dans un sens extrêmement vague et général. De plus, le préciput n'est pas un mode de paiement, mais l'exercice d'un droit de copropriété plus fort.

A) Le prélèvement des propres parfaits

Après la dissolution de la communauté et avant son partage, il y a lieu de déterminer la masse à partager, et pour cela, chaque époux (ou son héritier) reprend ses propres. A ce sujet, l'art. 1470 décide ceci :

« Sur la masse des biens, chaque époux ou son héritier prélève :

1. Ses biens personnels, qui ne sont pas entrés en communauté, s'ils existent en nature ou ceux qui ont été acquis en remploi...

C'est le prélèvement des propres parfaits. Les biens qui en feront l'objet seront soit les immeubles dont l'époux était propriétaire avant son mariage, soit ceux qui lui sont advenus par succession ou donation. Ce pourront être aussi des titres de bourse stipulés propres par contrat de mariage, ou sous la même condition, un fonds de commerce, un office ministériel. Ce prélèvement comprend aussi les biens acquis en remploi des propres aliénés, biens immobiliers dans le régime de la communauté légale, biens mobiliers ou immobiliers dans les régimes de communautés conventionnelles, notamment communauté réduite aux acquêts¹.

1. Planiol, III, n° 1239.

Ici une question de terminologie se pose. Le fait d'agir en répétition de biens dont on s'affirme propriétaire a un nom dans la langue du droit : c'est la revendication. La science du droit, ayant comme toute science besoin d'une langue bien faite et surtout précise, il importe de bien définir les termes employés, et de ne pas utiliser un mot pour un autre. Or dire qu'il s'agit ici de prélèvement c'est :

a) ou prendre ce mot *lato sensu*, ce qui peut amener et ce qui a amené des confusions (voir chapitre 2)

b) ou commettre une imprécision, une impropriété de langage, ce qui risque d'égarer l'interprète de la loi.

Dans l'alinéa 1 de l'art. 1470, il s'agit d'une véritable revendication. Le droit de jouissance de la communauté sur les propres des époux cesse au moment de la dissolution de la communauté. Chaque époux ajoute alors à la nue-propriété de ses propres, qu'il avait conservée pendant le mariage, l'usufruit de ces biens que la communauté avait pendant sa durée.

B) Le prélèvement des linges et hardes

La femme qui renonce perd tout droit sur la communauté, et sur les objets qui la composaient : notamment ses effets, son linge personnel. Cependant, pour une raison de convenances, l'art. 1492 al. 2 lui permet dans ce cas de retirer les linges et hardes à son usage.

C) Le préciput conventionnel

On appelle préciput, la clause par laquelle l'un des époux, ordinairement le survivant, a le droit de prélever sur la masse commune, avant tout partage, une certaine quantité d'objets mobiliers en nature.

Le préciput aura par exemple pour objet des meubles meublants, des bijoux, les objets nécessaires à l'exercice de la profession de celui qui en bénéficie¹. L'intérêt de cette institution est de permettre à l'époux survivant de garder des objets auxquels il s'est attaché. Il comprend des biens que l'époux désire conserver par devers lui et qu'il veut faire échapper au hasard du partage. Il peut être stipulé au profit de la femme renonçante.

D) Le prélèvement de l'article 1471

L'article 1470 continue ainsi : (chaque époux prélève)

2. *Le prix des immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté et dont il n'a pas été fait emploi.*

3. *Les indemnités qui lui sont dues par la communauté.*

Nous rencontrons ici l'institution qui fait l'objet de la présente étude.

Nous pouvons dégager des quelques institutions envisagées quelques considérations générales :

1. Tout prélèvement suppose une masse à partager hors de laquelle, en vertu de droits particuliers, on retire certains biens;

1. Cela écarte la difficulté de savoir si ces derniers objets sont ou non des propres dans le régime de la communauté légale.

2. les cas de prélèvement au sens large ne sont pas très nombreux;

3. les cas étudiés répondent à des besoins différents et n'ont entre eux qu'un lien vague, plus fort que celui d'une simple homonymie, mais qu'il faudra dégager pour différencier l'institution que nous voulons étudier de celles qui peuvent lui être comparées comme répondant à des buts proches ou équivalents.

Pour établir ces différences, dégageons rapidement et en quelques traits généraux des articles qui le concernent — en anticipant sur nos développements ultérieurs — les principales conditions d'exercice du prélèvement de l'article 1470 al. 2 et des articles suivants :

a) ce prélèvement a pour causes les récompenses dues par la communauté aux époux (art. 1470 al. 2 et 3) (art. 1471 al. 2)

b) il s'exerce en nature sur la masse commune avant le partage de celle-ci (art. 1474). S'exerçant avant partage, il suppose le partage et par conséquent l'acceptation de la communauté.

Nous pouvons ainsi donner — nous réservant de préciser plus tard — une définition provisoire du prélèvement : « Le prélèvement est l'opération par laquelle un époux commun en biens, qui a contre la masse commune une action en récompense, prend en nature des biens de cette masse, pour se remplir de son droit à ses reprises. »

Ceci posé, examinons les deux institutions, dont parlent les lois du 12 juillet 1909 et du 5 décembre 1922. Elles diffèrent du prélèvement qui vient d'être défini

en ce qu'elles ne supposent aucune créance à recouvrer sur la masse à partager. L'époux est peut-être créancier de reprises, mais cela importe peu. La faculté de reprendre l'immeuble sur estimation et contre indemnité n'a aucun lien avec le droit qu'a peut-être l'époux de réclamer des reprises à la communauté.

Ce que nous avons dit du prélèvement en matière de succession va nous permettre de faire la comparaison entre les deux principaux modes de prélèvement dont parle le Code Civil : ceux de l'article 830 et ceux de l'article 1470 al. 2 et 3. Dans les deux cas, il y a une masse à partager de laquelle on retire certains biens. L'ordre dans lequel on effectue cette opération est le même (art. 830, art. 1471 al. 2) : argent comptant, meubles, immeubles. Au cas de l'article 830, le cohéritier qui prélève est certainement un copartageant. Dans le deuxième cas, l'époux qui prélève aura plus tard, s'il y a lieu, des droits à exercer sur la masse commune, droits qui n'auront plus pour objet le paiement d'une récompense mais qui lui permettront de prendre une part des biens communs. Il sera alors, en cette deuxième qualité, et par définition même un copartageant.

Il y a une différence essentielle entre ces deux catégories de prélèvements. Au cas de partage de succession, le prélèvement, qui a pour cause un rapport en moins prenant, n'a pour but que de rétablir l'égalité entre deux copartageants, tandis que dans la deuxième hypothèse, l'époux a peut-être le titre de copartageant mais il est avant tout celui qui réclame à la communauté une somme qu'elle a reçue à charge de récompense. Nous ver-

rons que l'époux dans ce cas est un créancier qui réclame le paiement d'une dette : la dette des reprises. Le prélèvement en matière de communauté, à la différence de ce qui se passe en matière de partage de succession a lieu à titre onéreux. Le prélèvement en matière de succession est certainement une opération de partage, qui fait corps avec celui-ci. Nous verrons que si cette solution est donnée aussi au cas de prélèvement dans le régime de communauté, elle ne l'a été qu'après certaines hésitations, et il n'en reste pas moins que dans le deuxième cas, le prélèvement est d'abord et avant tout le règlement d'une créance.

Avant d'en venir au prélèvement dans le régime de communauté, disons quelques mots sur les alinéas 2 et 3 de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1907 qui ont pour objet la reprise en nature des biens réservés « francs et quittes de toutes dettes autres que celles dont ils étaient antérieurement le gage ». Remarquons que la loi de 1907 n'entre point dans le cadre du Code Civil, et que certaines de ses dispositions sont très difficiles à concilier avec les articles de celui-ci. Les biens réservés au cas d'acceptation font partie de la communauté. Cependant au cas de renonciation, ils peuvent être repris par la femme. Il s'agit ici d'une masse de biens que l'on a voulu soustraire à l'action du mari avant et après la dissolution de la communauté. Le droit que la femme possède dans ce cas est différent du droit de prélèvement pour les raisons suivantes :

1. ce droit, à la différence de celui qui est prévu par

les articles 1471 et suivants, existe dans le cas de renonciation à la communauté;

2. n'existant qu'au profit de la femme et de ses héritiers, en ligne directe, il n'a pas le caractère réciproque que l'on attribue (nous le verrons plus loin) au prélèvement étudié (voir chap. VII sect. 2);

3. il n'y a aucun lien juridique entre ce retrait des biens réservés et une créance de reprises. Qu'ils aient ou non des reprises à exercer, la femme ou ses héritiers pourront reprendre les biens réservés.

Examinons maintenant les différences qui séparent l'alinéa 1 de l'article 1470 des deux autres. Dans l'alinéa 1 il s'agit d'une véritable revendication. Dans les deux autres, il ne s'agit plus de revendication¹. Les propres qui sont l'objet de celle-ci ont été vendus. De propres parfaits, ils sont passés à l'état de propres imparfaits. L'époux, jadis propriétaire d'un bien, n'est plus que créancier d'une somme équivalente au prix que la communauté a retiré de ce bien. Quand l'époux réclame ses propres parfaits il n'agit pas comme créancier, mais comme propriétaire. Tandis que l'article 1470 al. 2 s'occupe de reprises en valeurs, l'article 1470 al. 1 s'occupe de reprises en nature. Il s'agit dans le deuxième cas d'une simple séparation de fait, d'un triage entre des biens englobés dans la masse à des titres différents, dont les uns sont communs et les autres sont la propriété particulière de chacun des conjoints, et qui, réunis pendant la communauté sous l'administration du mari, ces-

1. Nast. t. II, n° 830.

sent de l'être quand la communauté se dissout. Sans doute, cette confusion de fait pour les meubles¹ continuera d'exister non pas jusqu'au jour du partage, mais jusqu'au jour où, avant le partage, on déterminera la masse commune; celle-ci ne comprenant pas les biens, dont parle l'article 1471 al. 1.

Mais, en ce qui concerne les immeubles, la séparation se fait immédiatement, chaque époux reprenant au jour de la dissolution de la communauté, l'administration de ses propres et touchant les revenus de ceux-ci.

La loi qui parle à ce sujet de prélèvement s'est laissée influencer par une apparence physique, tous les biens communs ou propres se trouvant réunis dans les mains du mari, chef de la communauté. Il est juste que les biens qui n'ont été soumis vis-à-vis de la communauté qu'à un droit d'usufruit soient, non repris, mais exclus de la masse à partager par l'époux qui en avait procuré la jouissance à la communauté². Dans ce cas il n'y a pas prélèvement au sens dans lequel désormais nous emploierons ce mot et qui sera « action de prendre des biens en nature pour le paiement des reprises ».

Comparons maintenant le prélèvement et le retrait des linges et hardes, prévu par les articles 1492 al. 2 et 1495 al. 2³.

La femme renonçante perd tout droit sur les objets qui composaient la communauté, et même sur les ob-

1. Il peut en effet y avoir des meubles propres sous le régime de la communauté légale.

2. Disons tout de suite qu'au cas de reprise en nature, le droit exigible est le droit fixe de décharge de 22 fr. 50, tandis qu'au cas de reprise en valeur, c'est le droit proportionnel qui frappe le partage (0,60 %)

3. Comparer Aubry et Rau, t. VIII, § 521, p. 295; § 525, p. 362.

jets mobiliers qu'elle y a fait entrer. Elle ne peut donc reprendre ses effets mobiliers. La loi lui accorde cependant la faculté de reprendre les linges et hardes à son usage. La femme peut retirer ses effets personnels et généralement tout ce qui servait à son habillement, mais elle n'a point le droit de reprendre ses bijoux. Cette faculté tire son origine de l'ancien droit où avait cours la maxime « *mulier non debet abire nuda*¹. »

Elle se différencie du prélèvement en ce que la femme puisque renonçante, n'est nullement copartageante.

La femme qui renonce peut avoir des reprises à exercer, mais il n'y a aucune corrélation entre la créance des reprises et l'action de distraire ces effets de la masse.

Le prélèvement de l'article 1471 exorbitant du droit commun est cependant le mode normal de règlement des reprises, tandis que le prélèvement des linges et hardes est un droit tellement exceptionnel, qu'il est personnel à la femme et qu'il ne peut à la différence du pré-

1. La femme est-elle propriétaire de ses linges et hardes ? Les auteurs (Planiol, III, 1381; Colin et Capitant, t. III, p. 239; Aubry et Rau, passages cités; Nast, t. II, n° 940) ne se sont guère occupés de ce point particulier. Cependant, il faut citer, pour nous éclairer, une distinction que fait M. Guillaouard (t. III, n° 1422). Cet auteur distingue parmi les objets qui ont été donnés à la femme par son mari, entre ceux qui lui ont été donnés *ad utendum* (linges, effets, garde-robe, et même peut-être bijoux personnels, tous objets mobiliers qui sont pour ainsi dire d'un usage intime); et ceux qui lui ont été donnés *ad ornatum*. Le répertoire Dalloz (J. G. suppl. mot. Contrat de mariage, n° 924) comprend parmi ces derniers objets les diamants de famille, dont le mari est censé s'être réservé la propriété, ce qui veut dire que la femme est propriétaire des objets qui lui ont été donnés *ad utendum* (linges et hardes). Cependant, il peut paraître difficile de parler ici de propriété en présence des termes de l'article 1401-1° et de l'article 1495 al. 2. La femme ne peut transmettre à ses héritiers ce droit de retrait qui lui est personnel. Cependant, nous déciderons que la femme est propriétaire des linges et hardes qui, remarquons-le, n'ont pas une valeur vénale appréciable. En effet celles-ci sont ou la propriété du mari ou celle de la femme. La femme pouvant les reprendre, ces effets sont, sous la condition qu'elle les retirera avant sa mort, sa propriété.

lèvement de l'article 1471 être exercé par ses héritiers (art. 1471 — art. 1495).

Faisons maintenant la comparaison entre le prélèvement et le préciput (art. 1515). Ces deux institutions ont des rapports étroits avec le partage. Le prélèvement de l'article 1471 se fait avant partage et cela a également lieu pour le préciput qui permet de prendre, d'ailleurs pour une cause différente, des biens de la communauté avant le partage de celle-ci. Ces deux opérations, le prélèvement et le préciput auront l'effet déclaratif. Pour le prélèvement, nous le verrons en détail plus loin (chap. VI); quant au préciput il est tellement lié au partage qu'il est revêtu comme ce dernier de l'effet déclaratif. D'après les textes et sauf clause exceptionnelle, le préciput ne peut être exercé par la femme renonçante. Le préciput en effet suppose le partage, dont il est une opération préliminaire. Quant au prélèvement, nous verrons plus loin (spécialement dans le chap. XII) qu'il ne peut pas non plus être exercé par la femme renonçante.

Dans les deux cas, le droit perçu n'est pas le droit de mutation, mais le droit de partage.

Cependant, il existe des différences profondes entre le préciput et le prélèvement. Le prélèvement en matière de communauté légale, est le mode de règlement d'une créance, tandis que le préciput est l'exercice d'un droit de copropriété, tendant à obtenir une part plus forte dans la masse indivise. De cette différence primordiale, découlent certaines conséquences¹ : le préciput ne s'exerce que sur la masse partageable et non sur les

1. Cothénet, p. 168.

biens personnels de l'autre époux. La femme qui a droit au prélèvement, à la différence de celle qui agit en paiement de ses reprises, ne peut l'exercer subsidiairement sur les biens personnels du mari, sauf stipulation expresse (art. 1515 al. 2 et 1471 al. 2).

Une seconde différence est celle-ci : l'époux qui bénéficie du préciput ne peut l'exercer qu'après paiement des créanciers, tandis que l'époux qui a des reprises à exercer, la femme tout au moins (chap. II), excipant de sa qualité de créancière, vient en concours avec les créanciers de la communauté. Pourquoi ? C'est que le seul titre qui permettra à l'époux de prendre dans la masse commune les biens qui composent son préciput, est celui de copartageant. Etant copartageant, il ne peut se remplir de son droit que sur la masse partageable, déduction faite de *l'aes alienum*. La femme qui veut prélever, au contraire, étant créancière¹, peut comme tout créancier exiger son paiement — paiement intégral, si elle n'est pas en concours avec d'autres créanciers de la communauté, — paiement au marc le franc au cas contraire, où la communauté est insuffisante. Nous pouvons citer deux autres différences entre le prélèvement et le préciput. Le préciput à la différence du prélèvement, confère, suivant les biens sur lesquels il porte, un droit mobilier ou immobilier². L'époux qui bénéficie du préciput ne peut exiger autre chose que les objets spécifiés au contrat de mariage, tandis que l'é-

1. Nous supposons résolue la difficulté que nous rencontrons plus loin (chap. IV).

2. Voir chap. V, n° 3.

poux créancier peut toujours demander son paiement en argent.

LA THEORIE GENERALE DU PRELEVEMENT

Avant de passer à l'étude du prélèvement dans le régime de la communauté légale, nous allons donner quelques renseignements sur une théorie que ceux qui la défendent appellent : théorie générale du prélèvement.

Dans nos lois, il est à plusieurs reprises question de droit de prélèvement : en matière de succession et de communauté notamment. On a assimilé à ces sources de prélèvement toutes les causes, d'ailleurs en nombre limité, génératrices d'une indivision quelconque, en particulier la matière des sociétés. Et certains auteurs de thèses — déjà citées — ont essayé de construire, à l'aide de ces divers cas, une théorie générale. La comparaison des diverses hypothèses envisagées amène ces auteurs à proposer les principes généraux suivants :

1. il n'y a pas prélèvement, s'il y a exercice d'un droit de propriété, car alors il y a revendication, par exemple quand un légataire réclame son legs¹.

2. il n'y a pas prélèvement, s'il y a exercice d'un droit de copropriété, car alors tous les copartageants ont le même titre.

3. on ne peut utiliser le prélèvement, quand l'on possède une action, dérivant uniquement d'un droit de créance.

1. Thèse Delassale, p. 35.

Le prélèvement n'est possible qu'au cas de réunion sur la même tête des deux qualités de copropriétaire et de créancier.

Examinons à l'aide des raisonnements faits par ces auteurs et de données pratiques, comment l'on peut être créancier d'une masse, dont on est copropriétaire¹. Ecartons le cas de communauté que nous verrons en détail dans le courant de cette étude. Examinons la matière des successions. Prenons le cas de l'article 7 de la loi du 25 février 1901 (décret de codification du 28 décembre 1926, art. 53) qui interdit au point de vue fiscal la déduction de certaines dettes de l'actif successoral : dettes consenties par le défunt au profit de ses héritiers ou de personnes interposées. Comme l'a dit le rapporteur de la loi ; « les rapports intimes... de la parenté... rendent les combinaisons frauduleuses... trop faciles... pour obliger l'administration à les prouver ; mais... il y a des dettes sérieuses et légitimes consenties dans l'intérieur des familles, notamment par contrat de mariage et obligations notariées². »

Le redevable peut prouver la sincérité de cette dette. En quoi peut-elle consister ? Ce sera par exemple une avance de fonds faite par un fils à son père — notamment après la mort de sa mère — pour développer une exploitation commerciale ou agricole, réparer des bâtiments, dont il doit hériter un jour, etc. Cela peut se présenter aussi dans le cas où le père a payé à l'un de

1. Pour le cas inverse où c'est la communauté qui est créancière de l'un des copropriétaires, cas auquel le prélèvement est susceptible de s'appliquer, consulter Civ., 25 juillet 1923, D. 1926.1.153.

2. Sénat, *Journal officiel*, Documents parlementaires, novembre 1898, p. 527 ; Sirey, *Lois annotées*, 1901-1905, p. 157.

ses fils ses droits dans la succession maternelle, sans remplir l'autre de ses droits. Au décès du père, comment se réglera sa dette envers ce dernier ? Le fils aura une créance à recouvrer sur la succession paternelle, masse sur laquelle il exercera aussi des droits de copartageant, c'est-à-dire de copropriétaire. Cette créance s'éteindrait par confusion, complètement si le fils était seul héritier et héritier pur et simple, et pour partie, s'il y avait plusieurs héritiers. Au cas d'acceptation bénéficiaire au contraire, la confusion ne peut s'effectuer. Et, dans ce dernier cas, le fils sera bien créancier d'une masse dont il est copropriétaire.

On peut aussi se placer dans le cas d'impenses nécessaires ou utiles, faites à la masse commune par un cohéritier avec ses deniers personnels, ou encore dans celui où un cohéritier a payé de son argent propre les droits de succession ou des frais divers d'administration provisoire. Il a de ce fait droit à une indemnité. Le cas sera le même pour tout communiste ayant apporté des améliorations à la chose commune¹.

Empruntons un dernier exemple à la matière des sociétés. L'un des associés pendant une période difficile a prêté une certaine somme à la société. A la dissolution de celle-ci, il a une créance à recouvrer sur la masse commune dont il est en même temps copropriétaire. Comment se réglera cette créance ?

En envisageant les diverses hypothèses dans lesquelles se trouvent réunies les deux qualités de créancier

1. Thèse Delassale, p. 23; thèse Legrand, p. 130 et 131.

et de copropriétaire, on construit ainsi la théorie générale du prélèvement : « Chaque fois que dans une indivision quelconque, dont il s'agit d'effectuer le partage, l'un des copartageants possède avec cette qualité celle de créancier d'une certaine somme à recouvrer sur la masse indivise, il n'a pas besoin comme un créancier ordinaire d'attendre le partage pour se retourner contre les autres copartageants aux fins de recouvrement de leur part dans la dette commune. Il usera d'un droit spécial : le droit de prélèvement. Ce droit consiste à prendre avant tout partage, en raison de la double qualité de copartageant et de créancier, des biens de la masse indivise pour une valeur égale au montant de la créance. Ces biens seront pris dans un certain ordre, et cet ordre sera celui indiqué aux articles 830 al. 2 et 1471 al. 2, que l'on considère dans cette théorie comme deux applications d'une même idée générale. Le copartageant ou le communiste créancier prendra d'abord de l'argent comptant, des meubles ensuite, enfin des immeubles ».

Voici ce que dit M. Legrand : « Le prélèvement est l'opération par laquelle un copartageant se fait attribuer hors part tel ou tel bien de la masse indivise en se prévalant de créances à lui dues¹ ».

Cette théorie générale est-elle justifiée ? Nous examinerons successivement deux points :

a) le point de vue théorique et celui de la jurisprudence.

1. Legrand, p. 128. Il explique ce fait ainsi : « Tout copartageant créancier de la masse est en réalité créancier de chacun des conjoints pour leur part et portion et confond sur sa propre tête la fraction dont il est débiteur envers lui-même », thèse, p. 133. Comparer partie historique, système du mi-denier, début du chap. II.

b) la matière des sociétés.

a) Remarquons tout d'abord que les textes qui régissent la communauté légale, concernent une matière exceptionnelle, qui est régie par des textes spéciaux. Sans doute comme dans toute matière juridique, on peut en cas de silence des textes, et sous certaines conditions, appliquer dans ce cas les principes généraux du droit, mais le contraire n'est pas vrai. Et l'on ne saurait conclure des règles qui gouvernent la communauté à une autre matière. Les articles qui la réglementent sont beaucoup trop spéciaux, et l'on comprend que la loi ait voulu accorder certaines faveurs aux époux en raison même de leur qualité d'époux, et édicter pour eux des règles particulières, inapplicables à toute autre matière. Il est donc difficile d'argumenter des art. 1470 et suivants pour la construction d'une théorie générale.

Que penser à ce sujet des art. 829 et 830 ? Le partage des successions réglementé dans cette partie du Code Civil forme le droit commun des partages, applicable, d'après l'article 1872, au partage des sociétés; d'après l'article 1476, au partage de la communauté. Les règles du partage des successions formant une théorie générale applicable à tous les partages qui peuvent s'effectuer : communauté ou indivision généralement quelconque... Les articles concernant dans le partage des successions le prélèvement en conséquence d'un rapport en moins prenant ou d'un rapport de dettes n'ont, dit-on, rien de spécial à

la matière des partages de succession. Ils doivent recevoir une application générale.

C'est dans ce sens qu'à statué un arrêt unique pourtant de la Chambre des Requêtes¹. Il s'agissait d'une créance d'une masse indivise contre un de ceux qui devaient participer à son partage. Mais l'arrêt est conçu en termes généraux. Il s'exprime ainsi : « attendu qu'en règle générale, tout partage d'un actif social doit s'opérer au moyen d'une liquidation préalable dans laquelle il y a lieu de régler d'abord la situation de chacun des ayants-droit vis-à-vis des autres intéressés, que, si l'un des associés détient ou a reçu précédemment des sommes ou valeurs faisant partie de l'actif commun, le principe essentiel de l'égalité dans les partages exige qu'il en fasse compte aux autres ayants droit, lesquels doivent être admis à prélever, sur les biens composant la masse commune, une part égale à celle dont le dit associé est déjà saisi²... »

Cette jurisprudence est conforme à l'opinion de Pothier³, qui a écrit à propos de la liquidation de la société après dissolution : « on dresse un état des dettes passives de la communauté (société), et on y comprend les sommes dont quelques-unes des parties se sont trouvées au compte de la communauté, après compensation faite, créancières de la communauté. Ces sommes doivent être par elles prélevées au partage de la communauté. »

1. Civ., 8 février 1882, S. 1882.1.224, D. 1882.1.317.

2. Voir encore Orléans, 14 mars 1883, S. 83.2.159.

3. Pothier, *Sociétés*, 168.

b) Pour appliquer le prélèvement à la matière des sociétés, on raisonne ainsi : l'article 1872, relatif au partage des sociétés, renvoie aux règles du partage des successions, ce qui entraîne l'application au partage des sociétés des articles 829 et 830.

Nous avons vu plus haut un exemple des cas dans lesquels la question peut se poser : créance d'un associé contre la société¹. La question peut aussi se présenter dans le cas de créance de la société contre un associé. On se demande alors si le ou les autres coassociés peuvent prélever des biens de la masse indivise pour rétablir l'égalité à leur profit. Parmi les auteurs de thèses² qui ont discuté cette question, MM. Legrand et Apostolesco reconnaissent l'existence du droit de prélèvement lorsqu'il s'agit de créance de la société contre l'associé, et non dans l'hypothèse inverse.

M. Delassale la rejette pour toutes les créances nées pendant la vie de la personne morale, c'est-à-dire indépendamment de l'indivision.

Ces auteurs, en élaborant leur théorie générale, ne peuvent se dégager suffisamment des cas particuliers et ici celui de la communauté les embarrasse. Ils n'admettent pas le prélèvement parce que, tandis que dans le cas de communauté — à cause du défaut de personnalité de celle-ci — les créances qui peuvent être recouvrées par le moyen du prélèvement sont connexes à l'indivision, dans le cas de créance de l'associé contre la société, ces créances sont antérieures

1. Houpin, *Sociétés commerciales*, § 134.

2. Delassale, p. 130; Legrand, p. 372; Apostolesco, p. 90.

à l'indivision. A notre avis, guidés par l'intérêt pratique du prélèvement, et nous inspirant de la jurisprudence que nous venons de citer, nous déciderons que dans l'un et l'autre cas, créance de la société contre l'associé et créance de l'associé contre la société, le prélèvement est possible.

La jurisprudence et les auteurs admettent la possibilité du prélèvement dans le cas qui nous occupe. Voici ce que dit Arthuys à ce sujet¹ : « Avant de procéder au partage, il est indispensable d'établir la situation respective des copropriétaires qui peuvent être créanciers ou débiteurs de la société, soit que l'un d'eux ait fait des avances à la société, ou laissé dans la caisse sociale une partie des bénéfices... ce règlement est suivi de la reprise par les associés des apports dont ils sont restés propriétaires... Enfin l'associé prélève ce qui lui est dû ».

Nous trouvons ici une analogie remarquable avec les art. 1470 et 1471.

Pour citer un cas pratique, prenons un arrêt du 29 mars 1838². Dans cette affaire, l'un des associés obtint à titre de remboursement la délivrance en nature du matériel de l'établissement, bien que son adversaire soutînt qu'il n'avait comme tout créancier d'autre droit que celui d'exercer les voies d'exécution légales. Sur le règlement des créances entre associés après partage, la Chambre Civile fit prévaloir le système des prélèvements.

1. Arthuys, *Sociétés commerciales*, § 134.

2. Civ., 29 mars 1836, S. 1836.1.492.

Quels seront les effets du prélèvement ? Arthuys continue ainsi : « Le prélèvement est exercé par les associés même vis-à-vis des créanciers personnels de l'associé débiteur, fussent-ils hypothécaires. Les créanciers personnels ne peuvent exercer leurs droits que sur les biens dévolus par le partage à leur débiteur, et il en est ainsi même si ce débiteur est en faillite¹ ».

Maintenant que nous avons envisagé le point de vue théorique, celui de la jurisprudence et l'application du prélèvement à la matière des sociétés, que faut-il conclure ? La théorie générale du prélèvement est-elle justifiée ?

Sans doute certains cas discutés par les auteurs ne présentent que peu d'intérêt pratique. Notamment l'indivision d'un objet particulier est d'après M. Legrand lui-même plus théorique que pratique². Remarquons que le prélèvement comportant dispense de saisie pour le règlement d'une créance est une opération exceptionnelle.

Cependant nous verrons, quand nous étudierons les intérêts pratiques du prélèvement dans le régime de la communauté légale (chap. III.), l'économie de temps et de frais apportée par celui-ci. Cette économie s'applique au prélèvement envisagé dans sa théorie générale. Que faut-il décider dans le silence des textes ? Le prélèvement est une forme d'exécution privée et en présence des frais énormes, des lenteurs parfois interminables

1. Voir arrêts précités de Civ., 8 février 1882 et Orléans, 14 mars 1883.

2. Thèse, p. 374.

de l'exécution par l'Etat, et des complications de procédure où se réfugient les mauvais débiteurs, ne faut-il pas considérer avec faveur le prélèvement qui permet de les éviter ?

Nous pouvons ici faire une comparaison avec l'exécution en bourse prévue par le décret du 7 octobre 1890 (art. 55, 53 et 59) L'agent de change pour les opérations faites pour le compte d'un client exige une couverture (cette couverture ne se conçoit guère pour les opérations faites au comptant). Le marché à terme se règle par une différence. Si le client est incapable de régler la différence, il y a exécution, c'est-à dire, que l'agent fait vendre les valeurs qui constituent la couverture, si celle-ci est en titres, et s'en applique le prix. Dans le cas de marché au comptant il doit avertir le client par lettre recommandée, mais cette formalité est inutile au cas de marché à terme.

Cette solution est exceptionnelle et la jurisprudence ne l'accepte que pour les agents de change¹. Il faut rapprocher de ce cas l'exécution des actionnaires au cas de non-versé.

On discute sur la nature de ces opérations. Certains y voient un paiement anticipé, d'autres un gage. Mais surtout dans cette dernière hypothèse, nous voyons que nous sommes en présence d'une procédure d'exécution privée, d'exécution rapide, rapide parce qu'elle est privée.

¹ 1. A ce sujet, voir le livre de M. Demogue, *Les notions fondamentales du Droit privé*, dernier chapitre : L'exécution privée, p. 638 à 669 et notamment p. 662 et suiv. Voir aussi Thaler et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 633; Lyon-Caen et Renault, *Manuel* n° 840 et note Thaler au D. 1886.2.89.

Ce cas est différent de celui du prélèvement. Mais l'une et l'autre de ces deux institutions, le prélèvement et l'exécution en bourse, ne tendent-elles point toutes deux au règlement pratique et économique d'une créance ? Puisque la jurisprudence admet la seconde et en facilite l'exécution, on peut en décider autant dans le premier cas, et souhaiter l'extension du prélèvement en dehors des hypothèses où il est expressément prévu. Dans le silence des textes et à cause de son utilité pratique, nous admettrons donc que le prélèvement peut être généralisé¹.

1. Sur la théorie générale du prélèvement, consulter les thèses de MM. Apostolesco, Cothenet, Delassale et Legrand, qui sont consacrées à cette théorie générale, et aussi la thèse de M. Ragouet, qui s'en occupe au sujet des prélèvements dans le régime de la communauté légale. Voir aussi Nast, t. II, n° 829, p. 195, note 2. Sur l'exécution privée, se reporter au livre de M. Valimaresco sur la justice privée en droit moderne et la préface de ce livre par M. Demogue. Voir aussi Deschamps, *Le rapport des dettes*.

CHAPITRE II

POSITION DE LA QUESTION

Avant d'étudier le sujet lui-même, il est nécessaire, pour l'éclairer, de le rattacher au passé, en montrant quels ont été les précédents de la question et en donnant sur elle quelques renseignements historiques.

En effet, la question du prélèvement n'est pas nouvelle. Elle s'était déjà posée avant 1804 et il s'était même produit à son égard une certaine évolution. Nous n'envisagerons pas le point de vue historique d'une façon générale et complète, ce qui a été fait bien souvent¹ et ce qui n'a pas du reste éclairé définitivement ce point controversé d'histoire du droit. Mais nous chercherons simplement à montrer que les principes qui dominent aujourd'hui la théorie des prélèvements dans le régime de la communauté légale, étaient déjà en germe au 18^e siècle, et que la jurisprudence postérieure n'a fait que les préciser et les développer.

Suivant l'ancienne coutume de Paris, tous les meubles tombaient dans la communauté, même ceux qui provenaient de l'aliénation d'immeubles propres. Pour

1. Voir rapport Dupin sur l'affaire Moinet, S. 1858.1.9, D. 1858.1.5. Esmein, *Revue critique*, 1878, p. 85 et suiv. et les auteurs cités par lui; Ragouet, thèse, p. 10 et suiv.; Planiol, III, 1252 et suiv.

obvier à cet inconvénient. on imagina la clause d'assignation sur les conquêts et plus tard le remploi légal et la théorie des récompenses. L'époux qui avait fait tomber une valeur propre dans la communauté avait à la dissolution de celle-ci une créance contre elle. Comment se réglait cette créance ?

Au cours des 17^e et 18^e siècles la pratique a utilisé pour faire la liquidation des reprises, deux systèmes : tout d'abord celui de mi-denier, dans lequel le règlement des reprises s'effectuait après le partage de la communauté, et ensuite progressivement et sans que le deuxième système parvînt à éliminer le premier, celui des prélèvements, ceux-ci étant faits avant partage.

1. *Système du mi-denier*

Il a été ainsi défini par Pothier¹ : « On doit faire compensation jusqu'à due concurrence des sommes dont chacune d'elles (des parties) est créancière de la communauté. Après cette compensation faite, la partie qui est créancière de la plus grande somme doit encore faire confusion sur elle-même pour la moitié qu'elle a dans la communauté de la somme qui est restée après la dite compensation faite, et, elle a le droit de demander à l'autre partie le paiement de l'autre moitié avec les intérêts du jour de la dissolution du mariage... » Pothier montre ensuite, par un exemple, comment ce système fonctionnait pratiquement.

Dans ce système, le règlement des reprises se faisait

1. Pothier, *Communauté*, 702 et aussi 748-3.

après le partage de la communauté, les deux époux ayant pris chacun la moitié des valeurs communes. La dette des reprises était assimilée aux autres dettes quelconques de la communauté. Pour la moitié de ses reprises, la femme faisait confusion sur elle-même et pour l'autre moitié, elle avait une créance contre son mari¹.

2. *Système des prélèvements*

Pour étudier ce système dans le dernier état de l'ancien droit, consultons encore Pothier, qui le décrit² ainsi : « pour procéder au partage des immeubles de la communauté, on dresse une masse de tous ceux dont elle est composée... La masse étant ainsi dressée et arrêtée, la femme ou ses héritiers doivent prélever dans les meilleurs effets de la dite masse, à leur choix, la somme à laquelle se sont trouvées monter les reprises et autres créances de la femme, déduction faite de ce qu'elle devait à la communauté, lorsqu'ils n'en ont pas été payés sur le prix des meubles.... »

Après ces prélèvements faits par la femme ou ses héritiers, le mari ou ses héritiers prélèvent pareillement à leur choix dans les meilleurs effets qui restent dans la dite masse la somme à laquelle montent les reprises et créances du mari, déduction faite de ce qu'il devait à la communauté... Après ces prélèvements, on fait deux lots des conquêts qui restent à partager... »

Pothier examine ensuite la question de savoir comment

1. Voir encore Lebrun, *Traité de la communauté*, livre V, chap. II sect. 1, distinction 2, n° 47.

2. Pothier, *Communauté*, 701.

se répartira la dette des reprises entre les héritiers aux propres et les héritiers aux meubles et acquêts. A son avis¹, cette dette doit se répartir entre tous les héritiers, « car la dette des reprises du survivant est une vraie dette du prédécédé, qui en est tenu personnellement *actiono pro socio* pour la part qu'il a eu dans la communauté. C'est pourquoi, selon notre principe, les héritiers qui sont *juris successores*, qui succèdent à toutes ses obligations, doivent tous contribuer ». Pothier cite un jugement dans ce sens, mais il finit ainsi : « Néanmoins plusieurs pensent aujourd'hui que l'héritier aux propres n'en doit pas être tenu; ces reprises que le survivant a le droit d'exercer, leur paraissent devoir être regardées moins comme une créance que comme donnant à celui qui les a un *droit plus fort* dans la communauté. »

Ces mots « droit plus fort » ont eu une grande influence dans une question que nous étudierons quelques pages plus loin, et dont nous allons montrer ici les précédents. Dans le système du mi-denier, les reprises, aussi bien celles de la femme que celles du mari, étaient certainement des créances, et la plupart des auteurs actuels² pensent que le système des prélèvements, apparu postérieurement, n'a rien changé à cela. Cependant, on trouve chez les anciens auteurs des phrases ambiguës comme celles-ci : « les reprises sont une charge réelle de la communauté³. » ; « entre les ... conjoints... ces reprises...

1. Pothier, *Successions*, 5, art. 2, § 1; Bugnet, t. VIII, 200.

2. Voir plus loin, chap. IV.

3. Brodeau sous Louet, lettre R, n° 30.

se prennent par distraction et par délibération et comme par droit de propriété¹. »; « la communauté n'est que dépositaire des reprises² ». Ces phrases qui ne sont point pour la plupart empruntées à des ouvrages traitant spécialement de la communauté, ont servi d'arguments vers 1850 à une certaine doctrine pour soutenir que, dans le dernier état du droit de l'ancien régime, les prélèvements n'étaient point exercés à titre de créancier mais à titre de propriétaire. M. Esmein dit que la pratique a utilisé deux systèmes successivement, celui du mi-denier, puis celui des prélèvements et déclare que le deuxième système avait éliminé le premier. Mais cette assertion ne semble pas exacte. Il paraît bien que les deux modes de règlement étaient utilisés au choix des parties. Ils étaient donnés par les auteurs notamment par Pothier comme équivalents. Comme ils étaient indifféremment employés, il est difficile de tirer de l'emploi de l'un ou de l'autre et de l'adoption par le Code Civil du système des prélèvements une conclusion sur la nature des reprises.

Pothier⁴ a examiné la question suivante : quand la femme reçoit un conquêt de communauté en paiement de ses reprises, le droit de quint est-il dû ? La réponse de Pothier était négative, négative aussi celle de la jurisprudence; et la raison donnée par Pothier est intéressante à retenir : « Lorsque par un partage de la communauté, la

1. Ferrière sous l'article 232 de la coutume de Paris.

2. Lebrun, *Traité de la communauté*, livre 3, chap. III, sect. 1, distinct. 2.

3. Article cité.

4. Pothier, *Traité des fiefs*, partie 1, chap. V. n° 459, édition Bugnet, t. IX, p. 616.

femme ou ses héritiers prélèvent, en acquittement des reprises qu'ils ont à exercer, un fief conquêt de cette communauté, il n'est pas douteux que ce prélèvement faisant partie du partage de la communauté n'est pas à proprement parler un contrat de vente et ne donne point ouverture au profit de quint. »

Dans ce passage — relatif il est vrai à une question de droit fiscal où les solutions sont parfois différentes de celles du droit civil — Pothier montre bien déjà à cette époque les rapports qui existent au cas d'acceptation de la femme entre les prélèvements et le partage de la communauté. Sa théorie est peu nette au cas de renonciation, qu'il expose ensuite.

De cette courte incursion dans le domaine historique dégageons quelques points :

1. Les prélèvements sont faits avant partage et ils ont des rapports que nous définirons mieux plus tard avec le partage. Ils sont accordés aussi bien au mari qu'à la femme. Les articles du Code Civil qui concernent leur ordre quant aux personnes qui les exercent sont empruntés à Pothier¹.

2. Nous verrons plus tard qu'à cause des changements survenus dans d'autres parties de notre législation certains points se sont transformés :

a) la question qui se posait à l'occasion du droit de quint a été plus tard soulevée à propos des droits de mutation, et presque dans les mêmes termes, autant en ce qui concerne la femme acceptante qu'en ce qui concerne la femme renonçante.

1. Pothier, *Communauté*, 701.

b) la question de la répartition de la dette des reprise entre les héritiers aux propres et les héritiers aux acquêts et la question de contribution à la dette des reprises, se sont posées plus tard entre les légataires des meubles et les légataires des immeubles.

La théorie des prélèvements était donc formée au moment de la rédaction du Code Civil. On ne peut pas dire que dans le dernier état du droit de notre ancien régime, malgré les formules ambiguës de quelques auteurs, les reprises étaient exercées à titre de propriétaire. Nous concluerons donc de cette brève incursion dans le domaine historique que les prélèvements étaient sous l'ancien régime exercés à titre de créanciers par les époux.

Examinons maintenant en droit moderne la situation de la communauté au moment de sa dissolution et les diverses opérations qui s'effectuent dans le règlement de celle-ci. Il y a deux opérations principales :

1. Les rapports qui constituent le règlement des sommes dues à la communauté par les époux.
2. Les prélèvements qui constituent le règlement des sommes dues aux époux par la communauté.

L'ensemble des opérations est le suivant¹ :

1. revendication des propres parfaits et des biens acquis en remploi des propres aliénés;
2. confection du tableau des biens communs;
3. balance des comptes entre la communauté et chacun des époux;

1. Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 1076 et suiv.; Planiol, III, n° 1238.

4. rapport des récompenses dues à la communauté par les époux, s'il y a lieu;

5. si la communauté est débitrice, il y a lieu d'effectuer l'opération du prélèvement;

6. la masse augmentée des biens rapportés et diminuée des biens prélevés constitue la masse partageable.

Examinons la troisième de ces opérations : la balance des comptes existant entre la communauté et chacun des époux. Cette balance est formée de deux éléments : d'un côté, les récompenses dues par l'époux, de l'autre, les reprises qu'il a à exercer.

Les reprises peuvent être exercées soit par la femme, soit par le mari. Celles de la femme sont différentes à plusieurs points de vue de celles du mari :

1. Le mari, étant débiteur personnel de toutes les dettes de la communauté (art. 1484) ne peut par suite venir pour sa créance de reprises en concours avec les créanciers. Pour ce qui est de la femme, la jurisprudence a décidé le contraire, ce que nous verrons bientôt en étudiant l'arrêt Moinet et les discussions qui l'ont précédé.

2. Il faut distinguer le cas d'acceptation et le cas de renonciation de la femme. Au cas d'acceptation, les biens communs sont nettement séparés des propres du mari, et les reprises de la femme aussi bien que celles du mari s'exercent sur eux.

Si la femme renonce, ses reprises qui sont seules à liquider sont exercées sur une masse qui comprend à la fois les anciens biens communs et les propres du mari, mais il n'y a pas à liquider les reprises du mari

qui demeurant seul propriétaire des biens communs en supporte seul toutes les charges.

3. La femme au cas d'acceptation exerce ses reprises avant son mari sur les biens communs (art. 1471 al. 1).

4. L'article 1472 est ainsi conçu : « Le mari ne peut exercer ses reprises que sur les biens de la communauté. La femme ou ses héritiers en cas d'insuffisance de la communauté exercent leurs reprises sur les biens personnels du mari. » Ainsi le mari est débiteur subsidiaire des reprises de sa femme. La femme ne l'est jamais des reprises de son mari, sauf une controverse sur un point particulier (chap. IV).

La dette des époux envers la communauté et les créances qu'ils ont à recouvrer contre elle ne se règlent point séparément par des rapports et des prélèvements. Chaque époux n'est point à la fois créancier et débiteur de la communauté. Il sera seulement ou créancier, ou débiteur, et cela dépendra du reliquat du compte courant qui existe entre la communauté et chaque époux. Les deux éléments de ce compte dépendent l'un de l'autre. Ce compte se clôt lorsque la communauté se dissout, et à ce moment, on déduit de la somme la plus forte, la somme la plus faible. Cela n'est pas seulement un procédé de liquidation employé par les notaires pour simplifier leur tâche, c'est une règle de droit qui a été consacrée par la jurisprudence, notamment par un arrêt de la Chambre Civile¹, qui décide ceci : « attendu en droit que lorsqu'il s'agit d'établir les reprises

1. Civ., 3 mars 1891, S. 1892.1.190, D. 1891.1.249.

de la femme ou les récompenses par elles dues, ces reprises et récompenses ne sauraient être considérées, comme des dettes distinctes, indépendantes l'une de l'autre.... elles constituent les éléments d'un compte unique et indivisible dont le reliquat final est seul à considérer lorsqu'il s'agit de régler la situation réciproque des parties¹. »

Cela est toujours vrai dans les rapports de la communauté et de la femme, mais cela est-il vrai dans les rapports de la communauté et du mari ? Du principe posé par l'art. 1472 que les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari, un arrêt de la Cour de Dijon a tiré cette conséquence intéressante : les récompenses du mari doivent figurer pour le tout dans l'actif commun : « attendu, dit l'arrêt, que le mari ne peut se payer, fût-ce par la voie de la compensation, avant que la femme ait été complètement désintéressée, la femme exercera ses prélèvements sur la masse commune existant à la dissolution de la communauté, grossie des rapports du mari, sans que celui-ci puisse auparavant exercer la compensation (ou mieux la déduction) résultant du compte courant existant entre lui et la communauté². »

Cet arrêt a des conséquences au point de vue de l'ordre suivi pour les prélèvements, et du recours subsidiaire

1. Voir une application intéressante de cette jurisprudence au cas de faillite, chap. IX. Consulter Planiol, III, 1238 *bis*; Nast, t. II, n° 814 et 816, note au S. 1872. I. 313. Voir encore Amiens, 16 mai 1877 et Caen 23 juin 1874, S. 1879.2.145, D. 1880.2.215 et la note Labbé au Sirey, qui déclare la compensation possible au cas de faillite pour les créances et dettes *ex eadem causa* et voit dans la théorie exposée ici une application du droit de rétention.

2. Dijon, 28 octobre 1910, D. 1914.2.149. note de Loynes en sens contraire.

sur les biens du mari. La femme aura plus de chance de trouver de l'argent comptant. Et de plus cela lui évitera de poursuivre les biens du mari par une action qui présente moins d'avantages que le prélèvement, notamment au point de vue des frais¹.

Lorsqu'on a fait le compte de ce qui est dû à un époux ou de ce qui est dû par lui, on peut arriver à trois solutions :

1. Ou bien un époux n'a droit à aucune récompense et on ne peut lui en réclamer aucune;

2. Ou bien l'époux est débiteur d'un certain reliquat.

3. Ou bien il est créancier d'un certain reliquat.

Dans ce dernier cas, comme nous l'avons déjà indiqué brièvement, l'article 1471 donne à l'époux, au moins à l'égard de la femme, une règle particulière et dérogatoire au droit commun :

Les prélèvements de la femme s'exercent pour les biens qui n'existent plus en nature d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté.

Nous examinerons plus loin les caractères de ce prélèvement. La femme peut prélever d'abord de l'argent liquide, s'il y en a, mais elle peut aussi se payer en prélevant certains biens, qu'elle fera estimer et cela en suivant un certain ordre établi par la loi. Prenons un exemple. La femme est créancière de 100.000 fr. Il n'y a dans la communauté que 10.000 fr. d'argent comptant et 20.000 fr. sous forme de mobilier. Elle prendra pour compléter ses récompenses un immeuble de la communauté qui

1. Voir encore à ce sujet, Civ., 16 avril 1862, S. 1862.1.370.

représente 70.000 fr. Elle va donc se payer d'une façon directe et très simple. Cela a l'avantage d'éviter l'aliénation des biens communs¹⁻².

Lorsque la femme exerce ce droit de prélèvement, à quel titre se présente-t-elle devant la communauté ? Est-ce à titre de propriétaire ou de copropriétaire, puisque la propriété de biens communs va lui être attribuée ou au contraire à titre de créancière ? L'intérêt de la question est considérable dans le cas où il y a des créanciers communs.

Il faut remarquer que la question ne se pose pas de la même façon à l'égard du mari et à l'égard de la femme. Pour le mari, la question n'a pas d'intérêt, car il est tenu sur tous ses biens des dettes de communauté. Il pourra être poursuivi par les créanciers communs, et cela même sur les biens qui auraient pu lui être attribués avant toute poursuite même tardive des créanciers communs, à titre de prélèvement³.

1. Ce prélèvement sera de la totalité du montant de la reprise.

2. Il existe un système d'après lequel on établit entre les récompenses dues aux deux époux une sorte de compensation jusqu'à concurrence de la plus faible des deux sommes. Voir Baudry, livre cité, n° 1096, p. 364, n° 1109, p. 391. Lorsque les deux époux ont l'un et l'autre des reprises à exercer contre la communauté, la compensation s'accomplira-t-elle ? Non, car les époux ne sont pas créanciers l'un de l'autre. Ils sont créanciers d'une tierce personne : la communauté (en usant du langage habituel), et la femme exerce ses reprises avant son mari. Mais les époux peuvent renoncer, tout au moins dans une certaine mesure, à leurs prélèvements et éteindre respectivement leurs reprises jusqu'à due concurrence. Par exemple, le mari a 100.000 francs de reprises à exercer, la femme 70.000 francs. Les deux époux s'abstiennent de prélever pour 70.000 francs et le mari ne prélèvera que pour 30.000 francs. Ce système présente des inconvénients théoriques et pratiques. Voir livre cité et Caen, 4 juillet 1889, D. 1890.2.137 et la note. Voir aussi pour le cas de société d'acquêts jointe au régime dotal, Rouen, 26 mars 1892 D. 1892.2.350. Voir encore Planiol, III, 1238 *ter*.

3. Voir Nast, *Régimes matrimoniaux*, t. II, n° 832, p. 215.

A l'égard de la femme, pour que la question se pose, il faut se placer dans l'hypothèse, où aucun prélèvement n'a encore été fait. Comme il n'existe, lorsqu'aucune opposition n'a été faite, pas plus pour le partage de la communauté que pour le partage d'une succession, de procédure générale de règlement du passif, le prélèvement achevé permet à la femme qui a reçu des biens de communauté pour se remplir de ses reprises de dire aux créanciers « *meum recepi* ».

La femme dans ce cas pourra sans doute être poursuivie par les créanciers communs dans la mesure de son émolument, mais cet émolument comprendra les biens reçus à titre de part dans l'actif, mais non ceux attribués à titre de prélèvements¹.

Cela suppose évidemment que les époux ne se sont point hâtés à la dissolution de la communauté, par exemple au cas de séparation de biens, d'effectuer le règlement de leurs reprises en fraude des droits des créanciers. Dans ce dernier cas, les créanciers auraient le droit de demander la nullité du règlement frauduleux.

Supposons maintenant qu'aucun règlement des reprises n'a eu lieu, qu'aucun prélèvement n'a été effectué. Quelle va être la situation de la femme en face des créanciers ? La solution de cette question dépend du point de savoir si la femme exerce ses reprises à titre de créancière, ou à titre de propriétaire. Dans la deuxième hypothèse, elle exclura les créanciers de

1. Voir Aubry et Rau, t. VIII, § 520 et note 13, et les auteurs cités dans ce passage. L'arrêt cité ne peut plus être invoqué aujourd'hui, car il est dominé par les principes condamnés par l'arrêt Moinet.

la communauté, dans la première, elle sera payée avec eux au marc le franc.

Pendant une dizaine d'années, la Cour de Cassation et plusieurs Cours d'Appel ont adopté le système en vertu duquel la femme agit à titre de propriétaire, en se basant sur les arguments suivants¹ :

1. L'article 1470 est ainsi conçu : « chaque époux ...prélève ». Ce mot éveille l'idée d'un droit plus fort que le droit de créance. Prélever, c'est prendre avant, c'est prendre ce dont on est déjà propriétaire.

2. L'article 1470 assimile, dit-on, en les plaçant sur la même ligne, le prélèvement des biens personnels et le prélèvement des reprises sur la communauté. Le prélèvement des biens personnels étant fait à titre de propriétaire, le prélèvement des reprises est fait au même titre.

3. On faisait intervenir aussi l'article 1483 relatif au bénéfice d'émolument. La femme n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de sa part dans les acquêts, ce qui prouve que les reprises doivent être exercées avant tout.

4. Une créance tend au paiement d'une somme d'argent, le prélèvement a pour objet l'attribution en nature de meubles ou d'immeubles².

On appliquait cette jurisprudence à la femme acceptante et à cause du mot « reprendre » contenu dans

1. Pour l'historique de cette question, consulter Ragouet, p. 84 et suiv. Sur la question elle-même, voir Planiol, III, 1274. Colin et Capitant, t. III, p. 197.

2. Nous donnerons sur cette question de plus amples renseignements en étudiant la théorie qui soutient que les prélèvements sont exercés en vertu d'un droit de propriété (chap. IV).

l'article 1495 on avait fini par l'appliquer à la femme renonçante.

Cette thèse avait un inconvénient pratique extrêmement grave. Elle était désastreuse pour les créanciers de la communauté, car la femme agissant à titre de propriétaire exerçait ses reprises en valeur dans les mêmes conditions que la reprise des propres parfaits, c'est-à-dire par préférence aux créanciers. Ce qui montre bien le danger de cette jurisprudence, c'est que l'on avait reculé devant son application à la matière de la faillite (art. 560 Code de commerce).

Cette thèse a été condamnée par un arrêt célèbre, l'arrêt Moinet¹, qu'il nous faut citer et reproduire dans ses grandes lignes, étant donnée son importance dans la question que nous étudions.

« Attendu qu'à la dissolution de la communauté, dans le cas d'acceptation par la femme ou ses héritiers, les prélèvements respectifs des époux, lorsqu'ils ont pour objet soit les biens propres de chacun d'eux, soit leurs remplois dûment effectués, ne peuvent être exercés qu'à la charge de justifier conformément à l'article 1402 C. C. de la propriété ou de la possession légale des biens à prélever, que dans le cas du n° 1 de l'article 1470 les prélèvements s'exercent donc à titre de propriétaire et constituent une véritable revendication. Attendu au contraire que c'est à titre de créancier que chaque époux prélève soit le prix de ses propres aliénés soit les indemnités qui lui sont dues par la communauté conformément aux n° 2 et 3 du dit article

1. Chambres Réunies, 16 janvier 1858, S. 1858.1.9, D. 1858.1.5.

— qu'en effet, l'action n'a alors pour cause qu'une diminution du patrimoine de l'un des époux et un profit corrélatif fait par la communauté, que cette cause ne produit point un droit de propriété sur des objets déterminés et qu'il n'en résulte qu'une créance et une action mobilière.

— Attendu que l'actif de la communauté composé de tout ce qui reste, distraction faite des objets reconnus propres à chacun des époux, après justification, est le gage commun des créanciers, attendu que la femme pour sa dot et ses conventions matrimoniales n'obtient certains droits de préférence que sur les immeubles de son mari conformément aux articles 2121 et 2135 C. C. mais qu'aucun privilège, soit général soit spécial, n'est inscrit en sa faveur sur les meubles de la communauté dans les articles 2101 et suivants du même Code.

— Attendu qu'un droit quelconque d'exclusion ou de préférence ne saurait résulter plus spécialement de l'article 1483, que cet article étranger aux droits de la femme considérés comme affectant l'actif, a uniquement pour objet de limiter, par une sorte de bénéfice d'inventaire, les effets de l'obligation personnelle de la femme tenue par le fait de son acceptation de contribuer au paiement des dettes de la communauté constituées par le mari seul...

— Attendu que, si après le partage consommé sans fraude, la femme a le droit, sous les conditions exprimées au dit article, de porter en dépenses le montant de ses récompenses et indemnités dans le compte qu'elle doit aux créanciers survenants, ce droit qui ne consis-

te qu'à retenir ce qui lui est dû à juste titre, n'implique nullement un droit de préférence ou d'exclusion attaché à la créance ainsi payée.

— Attendu que des droits reconnus à la femme renonçante par l'article 1493 naissent pour elle des actions qu'elle exerce à raison de leur nature comme dans le cas d'acceptation, soit par voie de revendication soit à titre de créancière.

— Attendu d'ailleurs que l'article 1493, pour le cas de renonciation, n'est relatif comme les articles 1470 et 1471 C. C., pour le cas d'acceptation, qu'aux rapports des époux entre eux et ne porte aucune atteinte aux droits des créanciers vigilants sur les biens qui sont leur gage.

— Attendu que les principes ci-dessus sont applicables à la communauté conventionnelle »...

Cet arrêt est très clair. Il répond aux arguments tirés du mot prélever de l'article 1470 et montre, en analysant la cause des reprises, que la théorie antérieure de la jurisprudence ne reposait pas sur une base sérieuse. Il décide avec raison que la femme ne peut avoir aucun privilège sur les meubles de la communauté. Il met à néant le raisonnement qui utilisait l'article 1483 pour soutenir cette thèse, et sur ce point, il n'y a rien à ajouter à l'arrêt.

Pour l'arrêt Moinet, la femme, qu'elle soit acceptante ou renonçante, n'est, quand elle exerce ses reprises, qu'une créancière. Ces principes énoncés pour le cas de communauté légale, l'arrêt Moinet les applique au cas de communauté conventionnelle (voir chap. XI). L'ar-

rêt Moinet, en attribuant à la femme la qualité de créancière, ne distingue pas s'il s'agit des rapports de la femme avec les créanciers de la communauté ou de ses rapports avec son mari. Nous verrons que cette question a donné lieu à des controverses. D'un autre côté, l'arrêt Moinet dit simplement que la femme ne sera pas payée avant les créanciers de la communauté. Nous verrons plus loin (chap. V 2^e question) une théorie d'après laquelle la femme ne devrait pas être payée en concours avec les créanciers, mais seulement après eux.

L'époux qui exerce ses reprises peut se trouver en face non plus de créanciers de la communauté, mais des créanciers personnels de l'autre époux. Dans ce cas, il va leur être préféré. Ces créanciers ne peuvent se payer sur les biens de la communauté que tels que ces biens resteront après que la communauté aura été complètement liquidée et que les époux qui ont droit à des prélèvements les auront exercés.

L'époux qui a des reprises à exercer est, d'après l'arrêt Moinet, un créancier. Nous verrons comment, après cet arrêt, la jurisprudence a évolué et quels changements se sont produits dans la théorie étudiée. Disons, dès maintenant, que l'époux a, vis-à-vis de la communauté, deux titres différents.

1. Il est créancier, et il a le droit d'être payé : la femme, comme tout créancier, sur la masse brute de la communauté, le mari, sur l'actif net.

2. Sur la masse des biens communs après paiement des dettes et notamment des reprises, l'époux a un autre droit, celui de prendre une part de cette masse. Nous

verrons dans quelle mesure cette deuxième qualité a réagi sur la première et nous verrons aussi ce qu'est devenu plus tard le droit de l'époux, qui, pour l'arrêt Moinet, était purement et simplement un droit de créance.

Pour achever de donner une physionomie générale du droit de prélèvement, envisageons les circonstances dans lesquelles il s'exerce. Ce droit se présente le plus souvent au moment du partage. En effet, souvent en pratique, les notaires procèderont ainsi : par le même acte, chacun des époux fait sur la communauté le prélèvement auquel il a droit, puis il partage les biens communs avec son conjoint ou les héritiers de celui-ci. Le prélèvement se trouve accessoire à l'opération du partage¹. D'où cette conséquence importante dégagée par la jurisprudence : le partage englobant le prélèvement devient en quelque sorte l'essentiel de l'acte et le prélèvement participe de sa nature. Pour la jurisprudence nous verrons que le prélèvement est assimilé à une opération de partage.

Le droit de prélèvement n'existe que par rapport aux biens communs. On ne peut en exercer sur les biens personnels de l'autre époux. Dans le cas où un époux a une action à exercer sur ces biens, il doit à la différence de ce qui se passe dans l'opération du prélèvement remplir les formalités de la saisie.

Maintenant que nous savons ce qu'est l'opération

1. Souvent aussi l'on attend la mort de l'époux survivant pour liquider la communauté, ce qui rend la liquidation encore plus difficile, la communauté se trouvant en fait continuée.

du prélèvement, nous allons dans le chapitre suivant en montrer les intérêts pratiques, intérêts qui sont dans une large mesure aussi ceux du prélèvement envisagé dans la théorie générale, qu'en proposent certains auteurs.

CHAPITRE III

INTERETS PRATIQUES DE PRELEVEMENT

Nous avons vu les caractères principaux et mixtes du droit de prélèvement. Nous savons que, mode de règlement d'une créance, il est sous une autre face une opération qui a des relations avec le partage. Voyons quels peuvent être les avantages pratiques d'une telle institution. On peut les classer sous les rubriques suivantes :

1. Le prélèvement permet d'éviter des ventes pénibles.
2. Le prélèvement permet d'éviter des ventes inopportunes.
3. Il apporte, au règlement des reprises des époux, une économie de temps, d'argent et de procédure.
4. Il assure le paiement des reprises à l'encontre des créanciers personnels de l'autre époux.

Avant d'étudier ces divers avantages, il est utile de comparer le prélèvement au remploi. Ces deux institutions permettent à l'époux qui a fait entrer dans la communauté une valeur à charge de récompense, de rentrer dans ce qui lui est dû, soit avant la dissolution de la communauté, c'est le cas du remploi, soit après,

c'est le cas du prélèvement. Le remploi est plus avantageux que le prélèvement, parce qu'il transforme un propre imparfait en propre parfait, et qu'il substitue, à une créance au recouvrement hypothétique, un droit de propriété. D'autre part, à la différence du remploi, qui n'a lieu qu'au cas de propre aliéné, le prélèvement s'applique, quelle que soit la cause de l'indemnité. C'est un des avantages du prélèvement, voyons les autres.

1. Il épargne des ventes pénibles d'objets auxquels l'on tient.

Le prélèvement permet, dans une certaine mesure, à l'époux survivant de conserver les meubles meublants et le mobilier en général avec lequel il a vécu sa vie d'époux et auquel le lie un intérêt d'affection, et parfois même, lorsque le chiffre des reprises est assez élevé, que ni l'argent comptant, ni les meubles ne suffisent pour payer les reprises, la maison dans laquelle il a vécu. Il serait désagréable à l'époux de se séparer de ces biens. S'il est dans les conditions des articles 1471 et suivants il pourra exercer le prélèvement.

Cette institution permettra aux héritiers d'un époux de retirer de la communauté, avant partage, les meubles de famille, qui auraient pu tomber du chef de leur auteur dans la masse commune.

Il permet aussi, dans une certaine mesure, de conserver les meubles qui sont utiles à l'exercice d'un métier ou d'une profession ? L'époux survivant aussi pourra conserver à l'aide du prélèvement le fonds de commerce (sauf controverse ultérieure), dont la gestion donnait

au ménage les ressources nécessaires, fonds qui a pu être fondé par le mari ou par la femme, ou par les deux conjointement. Nous aurons plus tard à voir dans quelles conditions pourra s'effectuer ce prélèvement.

2. Grâce à lui, on évite des ventes inopportunes ou on réalise des ventes opportunes.

Au moment où se dissout la communauté, le moment est peut-être mal choisi pour vendre les biens qui l'ont composée. Prenons le cas d'immeubles urbains, dont le loyer est arbitrairement taxé par les lois actuelles. Cet immeuble donne un faible revenu. L'impôt sur la première mutation ajouté aux autres frais le rend difficile à vendre. Il ne procurerait qu'un faible capital. Dans l'attente de jours meilleurs, l'époux qui a des reprises à exercer pourra prélever cet immeuble pour une somme qui sera plus en concordance avec sa valeur que ne le serait son prix de vente.

Cette observation peut être répétée pour un fonds de commerce, au moment d'une crise industrielle ou pour un titre de bourse au moment d'une crise financière. Le titre de bourse peut être alors à un cours bien au-dessous de sa valeur antérieure et du cours que la solidité de l'entreprise permet d'espérer de lui.

Supposons la veuve, créancière de reprises, en face d'enfants mineurs, héritiers de leur père. Il y a dans la communauté un titre nominatif d'une valeur de plus de 1500 fr. Ce titre est d'une société sur la solidité de laquelle on éprouve des doutes. Si l'on avait recours aux autorisations judiciaires nécessaires au cas de vente de

biens de mineurs, il faudrait attendre des mois entiers. Au bout de ce temps, il serait probablement trop tard. Supposons que la veuve prélève ce titre nominatif. Elle ne sera pas forcée de le vendre mais, ayant désormais la possibilité de l'aliéner, elle s'en défera, si le titre baisse, sans aucune formalité extraordinaire.

3. Le prélèvement apporte au règlement des reprises des époux une économie de temps, d'argent, de procédure.

Ce qu'il y a de tout à fait caractéristique dans le prélèvement, c'est que l'époux arrive à se faire payer, sans recourir aux formalités de la saisie. Voyons ce qui se passerait, si le droit de prélèvement n'existait pas. Le partage par moitié de la masse commune se ferait tout d'abord. Puis chaque époux exercerait un recours contre l'autre pour la moitié de ses reprises. Le prélèvement a donc cet avantage de permettre à l'époux de se payer avant tout partage.

Supposons maintenant que le règlement des reprises se fasse avant partage, mais sans prélèvement. On vendrait des meubles, des titres de bourse, des immeubles, pour remplir l'époux de son droit aux reprises. Le prélèvement évite cette vente. Il évite les frais de vente judiciaire. Plaçons-nous dans le cas, qui heureusement, malgré l'accroissement du nombre des divorces, est le cas habituel de dissolution de la communauté : la mort de l'un des époux. L'autre époux, si le droit de prélèvement n'existait pas, devrait, pour se payer de ses reprises, mettre en vente les biens communs, et, d'après les règles de la tutelle, cette vente serait une vente judi-

ciaire. D'où des complications, des lenteurs, des frais énormes qui diminueraient d'autant la masse à partager, sans profit ni pour l'époux, ni pour les enfants mineurs. De plus, cette vente pourrait avoir lieu à un très mauvais moment. La vente aux enchères n'est peut-être pas dans ce cas le moyen le plus recommandable pour obtenir le plus haut prix d'un fonds de commerce, par exemple.

Plaçons nous dans une autre hypothèse. Une personne veut bien faire l'acquisition d'un bien commun, mais elle recule devant les aléas d'une vente aux enchères. Si l'époux, créancier de reprises, prélève ce bien commun pour se remplir de ses droits, il pourra vendre ce bien sans formalité à un acquéreur, qui est peut-être le mieux à même d'en donner un bon prix, occasion que l'on ne retrouverait peut-être pas facilement.

Prenons un autre cas ? A la suite d'une cause de dissolution de la communauté qui suppose une mésentente entre les époux, l'un d'eux tient à conserver un des biens communs. Il est créancier de reprises. Sans le droit de prélèvement, il courrait le risque de voir dans le partage ce bien attribué à l'autre époux. Au cas d'adjudication des biens communs, si l'époux tenait à conserver le bien en question, l'autre époux connaissant cette intention, pourrait artificiellement en faire monter le prix. Tandis qu'avec le droit que nous étudions, l'époux, créancier de reprises, pourra prélever ce bien, et il le fera pour sa valeur réelle, estimée contradictoirement à l'aide des don-

nées que nous verrons plus loin, ou à défaut d'entente par des experts.

4. Le prélèvement assure le paiement des reprises à l'encontre des créanciers personnels de l'autre époux.

Il y a à cela une raison d'équité. Les valeurs, dont la reprise est effectuée par l'époux créancier, sont tombées de son chef dans la communauté, et il est juste qu'il soit payé, non pas avant les créanciers de la communauté, mais avant les créanciers personnels de son conjoint. Nous verrons cette question plus loin, plus longuement (page 101).

Le prélèvement assure donc une économie de temps et d'argent, une économie de procédure. Il apporte une simplification très intéressante au règlement des comptes entre époux.

D'après ce que nous avons vu, le prélèvement est exorbitant du droit commun. Un créancier ordinaire qui veut se faire payer n'a point un droit semblable. Il a un droit de gage général sur les biens de son débiteur. Il n'a point le droit de s'attribuer ou de se faire attribuer tel ou tel bien en paiement. Au cas de défaut de paiement, il ne peut faire qu'une chose : faire saisir les biens de son débiteur, non pour se les faire attribuer, mais pour se payer sur le prix provenant de la vente de ces biens. L'époux créancier, lui, n'a, à la différence des autres créanciers, aucune saisie à effectuer, aucune vente amiable ou judiciaire à provoquer.

Pourquoi ce droit est-il attribué à l'époux ? Le droit de l'époux créancier de prélever des biens en

nature qui est accompagné de plus d'un certain choix est vraiment spécial et unique. Puisqu'il n'est pas accordé à tout créancier et qu'il est accordé au créancier tout à fait spécial qu'est l'époux, créancier de reprises, c'est que chez celui-ci, à la qualité de créancier, se joint (comme nous le verrons mieux plus tard) une autre qualité qui est intimement liée à celle-ci. En effet, l'époux n'est pas seulement créancier de reprises. Il est aussi, et peut-être surtout, un copropriétaire (en supposant pour la femme qu'elle est acceptante), ayant le droit après le paiement des divers créanciers de prendre une part du fonds social, et c'est cette qualité de copropriétaire, de copartageant, qui, influant sur la qualité de créancier, donne à l'époux le droit extraordinaire de se payer en prélevant, avant tout partage, des biens de cette masse.

Cette qualité de copropriétaires des époux communs en biens, de copartageants, a même dans la question traitée une si grande importance, qu'elle donne au prélèvement dans sa nature juridique et dans son application pratique certains caractères particuliers et que même, dans une certaine théorie, on a dénié à l'époux qui veut prélever sa qualité de créancier, pour ne plus voir que celle de copropriétaire, de copartageant.

Remarque. — Pour ne pas avoir recours à des expressions trop longues ou trop compliquées, nous avons supposé résolu le problème de la qualité de l'époux qui agit en paiement de ses reprises. Nous allons maintenant étudier cette question.

CHAPITRE IV

NATURE DU DROIT DE PRELEVEMENT

Nous envisagerons la question de la nature du prélèvement de la manière suivante : après avoir déterminé exactement dans quelle hypothèse nous nous plaçons, nous examinerons successivement les deux théories, qui ont été émises par les auteurs :

1. Celle en vertu de laquelle le prélèvement serait exercé en vertu d'un droit de propriété;

2. Celle en vertu de laquelle le prélèvement serait exercé en vertu d'un droit de créance.

Nous concluerons en faveur de la deuxième théorie. Nous montrerons ensuite les désavantages de cette dernière, poussée dans ses conséquences extrêmes (prélèvement assimilé à une dation en paiement... obligation pour la femme au cas de défaut d'inventaire de supporter *ultra vires* la moitié des reprises du mari). Nous montrerons que l'on ne peut assimiler complètement la créance des reprises à une créance quelconque, l'époux ajoutant à sa qualité de créancier celle de copartageant. Après avoir essayé de faire la synthèse de ces deux qualités, nous étudierons la théorie jurisprudentielle, qui assimile le prélèvement, à une opération de partage.

A la dissolution de la communauté, lorsqu'il s'agit de liquider les reprises des époux, diverses situations peuvent se présenter : ou la communauté est suffisante pour remplir les époux, la femme tout au moins, de ses reprises, ou elle est insuffisante; ou la femme accepte la communauté, ou elle y renonce. En combinant ces deux séries d'hypothèses, on trouve quatre, mais en réalité trois cas possibles :

1. La femme accepte, et la communauté est suffisante;

2. La femme accepte, et la communauté étant insuffisante, elle exerce un recours sur les biens du mari;

3. la femme renonce. Elle agit sur les anciens biens de communauté, ou sur les biens de son mari qui sont confondus entre les mains de celui-ci du fait de la renonciation de la femme.

Réserveons l'étude de ces deux derniers cas pour un chapitre spécial (chapitre XII), et examinons la première hypothèse, dans laquelle seulement, nous le verrons plus tard, le prélèvement peut être exercé.

Nous examinerons tout d'abord trois points :

1. La femme accepte;

2. La communauté est suffisante pour payer ses reprises;

3. L'époux fait la preuve de son droit.

1. *La femme accepte*

Le prélèvement s'exerce sur les biens de communauté. D'après l'art. 1492 C. G., la femme qui renonce est réputée étrangère à la masse commune. Acceptante,

elle est créancière et copartageante. Renonçante, elle n'est plus copartageante. Elle ne pourra plus prélever — prendre avant partage — dans une opération, qui doit précéder le partage, ou au plus tard être faite en même temps que lui (voir plus loin chap. VIII 3 t.). Renonçante la femme n'est plus que créancière. Le droit de prélever qui dérive du cumul des deux qualités de créancière et de copartageante ne peut plus être exercé par la femme, lorsque la deuxième de ces deux qualités lui fait défaut.

2. La communauté est suffisante pour payer les reprises

Cette condition est nécessaire pour ce qui est des reprises de la femme¹. Nous la supposons remplie, car le recours de la femme sur les biens du mari est soumis à des règles, qui diffèrent de celles du prélèvement et que nous examinerons dans un chapitre spécial (chap. 12) Ainsi que le dit M. Planiol² : « Lorsque la femme poursuit ainsi le mari sur ses biens personnels, à défaut de valeurs suffisantes dans la communauté, il ne peut être question pour elle de prendre des biens en nature; ces prélèvements ne se comprennent que sur la masse commune. Contre son mari, la femme se présente exclusivement comme créancière et si son mari lui cède un de ses biens pour s'acquitter, ce sera une dation en paiement soumise en tout au droit commun ».

1. Quant au mari, si la communauté est insuffisante, il ne sera pas payé de ses reprises.

2. Planiol, III, n° 1271.

3. L'époux fait la preuve de la cause en vertu de laquelle il prétend exercer la reprise.

Nous supposons que l'époux veut exercer une reprise; une question se pose, très importante au point de vue pratique : celle de la preuve, puisqu'un droit qui ne peut être prouvé n'a guère d'utilité pour celui qui en est le titulaire. L'époux devra donc faire la preuve de son droit conformément au droit commun (art. 1315 C. G.) c'est-à-dire prouver que les conditions nécessaires pour qu'il puisse exiger une récompense sont réunies. D'après M. Nast¹, l'époux, qui prétend avoir droit à une récompense, doit prouver trois faits :

1. La qualité de propre du bien représenté par la valeur qu'il réclame, ce qu'il prouve comme si le bien se retrouvait encore en nature;

2. L'acte ou le fait qui l'a transformé en argent. Cette preuve se fait par écrit, lorsque la somme en question dépasse 500 fr. (art. 1341 C. G. modifié par la loi du 1 avril 1928);

3. Le paiement et le versement de la somme à la communauté. Ce dernier point seul fait difficulté. C'est pourquoi nous examinerons successivement :

a) La preuve de la réception de la somme par la communauté;

b) le profit qu'elle en a retiré;

a) Preuve de la réception de la somme par la communauté.

1. Nast, t. II, n° 465.

Pour prouver la réception de la somme par la communauté, l'époux peut employer divers moyens. Tout d'abord, sous le régime de la communauté légale, la principale cause de récompense est la vente d'un propre immobilier. Dans la très grande majorité des cas, cette vente sera constatée dans un acte dressé par un notaire, où celui-ci a l'habitude de consigner les origines de propriété qui très souvent d'ailleurs ne donnent lieu à aucune difficulté. Pour le cas où une somme aurait été donnée ou léguée, à la condition de rester propre, la preuve se fera au moyen de la donation ou du testament.

Dans le cas de communauté réduite aux acquêts, auquel s'applique le prélèvement¹, les propres mobiliers sont plus nombreux. S'ils ont été vendus sans emploi, la communauté doit une récompense. Comment l'époux prouvera-t-il son droit ? Cette preuve pourra tout d'abord être administrée au moyen du contrat de mariage qui mentionne les apports des époux. Si les propres sont advenus à ceux-ci par donation, l'acte de donation fera preuve. S'ils leur sont advenus par succession, la déclaration de succession, faite à l'enregistrement, fournira au moins un commencement de preuve par écrit. L'époux pourra également faire la preuve au moyen de bordereaux de coupons touchés par lui, antérieurement au mariage. De toute aliénation importante de titres, il restera une trace écrite. L'aliénation d'un fonds de commerce

1. Voir plus loin, chap. VII, sect. I (le prélèvement quant aux créances).

propre sera également facile à prouver, car elle est constatée par un acte enregistré et soumise à une publicité spéciale. La femme pourra également utiliser des reconnaissances sous seing privé émanant de son mari.

Par ces diverses preuves, l'époux établit le fait générateur de l'enrichissement de la communauté. Mais cela ne suffit pas. Un acte a été passé, à la suite duquel une somme a du être mise à la disposition de la communauté¹. Il ne suffit pas de prouver cet acte juridique. L'art. 1433 exige de l'époux la preuve qu'une somme a été « versée » dans la masse commune. Il faut donc que l'époux établisse que la somme est réellement tombée dans la communauté.

A ce point de vue, il faut distinguer entre le mari et la femme. Le mari est en effet administrateur de la communauté. En cette qualité, il a toute facilité

1. Nous adopterons cette formule de « mise à la disposition de la communauté », qui nous paraît la meilleure. Mais elle est loin d'être adoptée par tous les auteurs, dont les expressions divergent sur ce point particulier. Pothier (*Communauté*, 607) déclarait que chacun des conjoints « est... créancier de ce dont il a enrichi la communauté à ses dépens pendant qu'elle a duré ». D'après M. Demogue (*Traité des obligations en général*, Sources, t. III, n° 196) « le mari devra prouver le paiement qui lui a été fait et non pas seulement l'exigibilité de la dette ». Planiol, (III. 1261) dit que « la communauté est toujours débitrice du prix qu'elle a reçu ». MM. Colin et Capitant (t. III, p. 194) s'expriment ainsi : « la récompense n'est due qu'autant que le prix du propre aliéné a été effectivement versé dans la communauté ». MM. Aubry et Rau (t. VIII, § 511 p. 147) écrivent que « le mari doit justifier que la communauté en a reçu le prix... que le prix est entré ne fût-ce qu'un instant dans la caisse commune ». M. Guillaud (t. II, n° 821) exige que la communauté ait réellement touché le prix du propre vendu. M. Nast (t. I, n° 405) demande que l'époux, le mari tout au moins prouve que « la somme a été effectivement payée par le débiteur ». L'expression de « mise à la disposition de la communauté » nous semble bien résumer toutes ces formules car elle montre que les sommes dont il s'agit doivent avoir été effectivement versées dans la communauté, ne fût-ce que pendant un instant de raison.

pour se procurer une preuve. Cette preuve ne peut être que difficilement une preuve écrite, puisque la quittance des deniers est entre les mains du débiteur. Cette preuve, étant celle d'un fait, pourra être administrée par tous les moyens. Le mari doit non seulement prouver l'acte qui donne lieu à une récompense, mais encore prouver que la somme à concurrence de la quelle il réclame récompense est effectivement tombée dans la communauté. Par exemple le fait seul de la vente d'un propre pendant le mariage n'emporte pas présomption que le prix en a été versé dans la communauté¹. Le mari doit prouver que le prix a été effectivement payé, ce qui a l'avantage d'éviter un nouveau paiement qui serait fait au mari par le débiteur non libéré². Et de plus, si les héritiers de la femme le demandent, il doit prouver que le prix a été aux termes de l'art. 1433 réellement versé dans la caisse commune³.

Quant à la femme, suivant l'avis de la majorité des auteurs⁴, la preuve pour elle est moins rigoureuse. Elle doit prouver simplement qu'un capital qui lui était propre a été mis par elle à la disposition de la communauté : c'est-à-dire qu'à la suite d'une vente, d'une succes-

1. Civ., 13 août 1832, S. 1832.1.641. Voir aussi Req., 9 avril 1872, S. 1872.1.178, D. 1873.1.28. Dans cette hypothèse, l'acte de vente énonçait que le prix de l'immeuble propre au mari avait été payé comptant à la vue du notaire rédacteur. La Chambre des Requêtes admit la reprise des héritiers du mari en disant qu'il n'apparaissait pas qu'il ait été fait un emploi particulier du prix, que celui-ci était donc bien tombé dans la communauté.

2. Nast, *loco citato*.

3. Voir Civ., 12 août 1832, Répertoire de législation Dalloz, mot *contrat de mariage*, n° 2351.

4. Auteurs cités, mêmes passages.

sion, d'un partage, la communauté a encaissé à ses dépens une certaine somme. Mais le mari, qui est administrateur de la communauté, est présumé avoir touché cette somme.

Laurent¹ décide au contraire que pour elle la preuve est aussi rigoureuse que pour le mari. C'est un exemple du système d'interprétation stricte des textes que suit cet auteur. Sans doute, la loi dans sa disposition succincte ne fait aucune différence entre la femme et le mari, mais il faut tenir compte ici du rôle du mari qui est à la fois administrateur des propres de la femme et chef de la communauté. En la première qualité, il doit veiller au remboursement des sommes dues à la femme; en la seconde il est censé avoir reçu lesdites sommes et en avoir fait profiter la communauté, d'où il suit qu'il doit être présumé avoir eu à sa disposition les sommes que l'aliénation du propre de la femme a produites, et qu'à défaut par lui de faire la preuve contraire, notamment du remploi, il en doit récompense à la femme ou à ses héritiers.

En ce qui concerne la preuve que la femme aura à fournir, il faut citer la clause fréquente en vertu de laquelle « la célébration du mariage vaudra quittance de la dot » ou la clause équivalente portant que « par le fait même de cette célébration, le mari demeurera chargé des apports de la femme ». Cette clause est licite. Comme le disent MM. Aubry et Rau elle signifie « que

1. Laurent, t. II, n° 457, note 2; Req., 28 janvier 1897, S. 1897.1 455. Aubry et Rau, t. VIII, § 511 texte et note 20; Guillouard, t. II, n° 890. Pour les références, voir le livre de M. Demogue, et notamment Civ., 30 novembre 1910, D. 1912.1.74.

le constituant est présumé jusqu'à preuve contraire tant vis-à-vis de la future épouse ainsi dotée, que vis-à-vis du futur époux avoir payé le jour du mariage au plus tard la dot ainsi promise ». Cette clause suffit. Elle dispense les époux préoccupés par différents soucis et diverses formalités au moment du mariage de rédiger alors une quittance en bonne et due forme. Cette stipulation est valable et fait preuve du paiement de la dot¹.

b) profit que la communauté en a retiré.

L'époux n'a pas besoin de prouver que le prix du propre aliéné a profité à la communauté. La Cour d'Agen l'a décidé dans une hypothèse, où le prix de vente d'un immeuble propre au mari avait fait ensuite l'objet d'un don manuel à un enfant naturel de celui-ci. Peu importe l'utilisation future de l'argent. Le prix est tombé dans la communauté : cela suffit pour que le mari ou ses héritiers exercent sur les biens communs la reprise de ces sommes².

Supposons qu'un bien propre d'un époux ait été aliéné, mais partie seulement du prix a été payée, le reste demeurant irrecevable. S'il s'agit d'un propre du mari,

1. Req., 14 décembre 1875, S. 1877.1.31. Mais que se passe-t-il lorsque, malgré cette clause, la dot n'a pas réellement été versée? Voici ce que décide un arrêt (Req., 21 octobre 1913, S. 1914.1.390) : « attendu que le paiement effectif ne résulte pas de cette stipulation et qu'on ne saurait y voir autre chose qu'une stipulation attribuant à l'évènement prochain du mariage la force d'une présomption libératoire qui peut céder devant la preuve contraire ». Cette conclusion est juste, car on ne peut dresser la preuve d'un fait avant que ce fait soit accompli. Le mari pourra donc malgré cette clause du contrat de mariage prouver que la dot ne lui pas été réellement versée et cela par tous les moyens. Cpr. même sens Aubry et Rau, texte et note 32 *bis* et 32 *ter*; Colin et Capitant, t. III, p. 53; Planiol, III, 863; Guillouard, II, 938; Nast, I, 128, note Lacointe au S. 1883.1.25.

2. Angers, 7 mars 1845, S. 1846.2.79, D. 1845.2.59.

celui-ci est responsable de sa négligence et ne sera créancier que de la partie du prix qui sera tombée dans la communauté. S'il s'agit d'un propre de la femme et que le mari ne s'en soit pas fait payer le prix, celui-ci contracte alors une dette dont il charge la communauté et la femme pourra réclamer à la communauté l'intégralité du prix qu'aurait du verser l'acheteur¹.

Que faut-il décider au cas fréquent où le prix réellement versé est supérieur au prix indiqué par l'acte ? D'après l'art. 1436 C. C. « en cas de vente, la récompense n'a lieu que sur le pied de la vente ». Si une dissimulation a été faite, le mari chef de la communauté ne sera pas recevable à en faire la preuve. Quant à la femme elle pourra établir la dissimulation par tous les moyens même par papiers domestiques, même par témoins et cela en vertu de l'adage : *fraus omnia corrumpit* ». Ceci est même vrai, au cas où elle aurait concouru à l'acte².

Maintenant que nous avons bien déterminé l'hypothèse à étudier et avant de l'examiner de plus près, remarquons que la question de la nature du prélèvement est complexe pour plusieurs raisons :

1. La situation du mari est différente de celle de la femme;
2. L'époux qui a le droit d'être payé de ses reprises

1. Comparer Pothiers, *Communauté*, 609; Rodière et Pont, t. II, n° 958.

2. Civ., 14 mai 1879, S. 1880.1.17, D. 1879.1.420; Civ., 18 janvier 1875, S. 1876.1.5, D. 1876.1.159. Pour le cas où le prix aurait été simulé, voir Laurent, t. II, n° 953 et suiv.; Planiol, III, 1262; Rodière et Pont t. II, n° 939; Colin et Capitant, III, p. 194. Au sujet de la répercussion des fraudes fiscales sur la preuve de la consistance des reprises, consulter Armilhon, *Des répercussions civiles des innovations fiscales*, thèse, Paris, 1923, p. 155 et suiv.

a aussi celui de prendre, le cas échéant, après le paiement des créances ordinaires et des reprises, une part dans l'actif net. Nous verrons plus tard que le second de ces droits a réagi sur le premier.

3. Les biens, que l'époux prélevant reçoit, sont tantôt des espèces, tantôt des biens en nature. Il s'en suit qu'il y aura lieu dans certains cas d'établir des distinctions suivant que l'époux se trouve dans l'une ou l'autre branche de cette alternative. Suivant que l'époux prélève telle ou telle catégorie de biens les conséquences ne seront pas les mêmes.

Ainsi au cas de prélèvement exercé par la femme sur un immeuble, il y a (voir chap. VI) résolution des hypothèques constituées par le mari seul depuis la dissolution de la communauté. Cette règle ne peut, sauf des cas très exceptionnels, s'appliquer qu'à des immeubles, et nullement à de l'argent. Cette remarque a encore des conséquences au point de vue de la faillite (voir chap. IX) et au sujet de l'évaluation des biens (voir chap. VII sect. 3 sous-section 3). Cette évaluation ne peut évidemment concerner que des biens en nature et non des espèces¹.

L'arrêt Moinet décide que vis-à-vis des créanciers la femme n'est qu'une créancière mais dans les rapports des époux entre eux, les reprises sont-elles exercées à titre de créancier ou à titre de propriétaire ?

Une première remarque s'impose. L'époux qui vis-à-vis des créanciers est considéré comme un créancier peut-il raisonnablement être regardé comme proprié-

1. Comparer Pothier, *Communauté*, 609.

taire dans ses rapports avec son époux ? Nous avons vu plus haut (chap. I) que les deux qualités de créancier et de propriétaire pouvaient se trouver réunies dans la même personne. Nous ajouterons un dernier exemple : le cas de l'héritier bénéficiaire, créancier du défunt. Cet héritier est traité, à ce dernier point de vue, comme un créancier, ayant le droit de se faire payer en concours avec les autres créanciers, mais dans ses rapports avec ses cohéritiers il est copropriétaire des biens de la succession. La réunion des deux qualités de créancier et de copropriétaire sur la même tête est donc parfaitement possible.

Dans tous les cas où une personne est créancière d'une masse dont elle est copropriétaire, puisque la confusion de ces deux qualités ne s'opère pas, du fait de l'obstacle juridique qui s'oppose à cette confusion, on est en présence d'une situation qui ressemble à celle de la personnalité morale. En effet il y a dans tous les cas de personnalité morale, séparation du patrimoine social et du patrimoine des associés ; c'est ce qui explique que l'associé copropriétaire du fonds social puisse également être créancier de la société. Sans doute, la succession bénéficiaire n'est pas plus que la communauté (voir 3 pages plus loin) une personne morale, mais du fait de la séparation du patrimoine de l'héritier et des biens de la succession, il y a une situation qui ressemble à celle que crée la personnalité morale.

Ceci dit, dans les rapports des époux entre eux, celui qui a une reprise à exercer, l'exerce-t-il à titre de créancier ou à titre de propriétaire ? ayant, selon l'expres-

sion précitée de Pothier, « un droit plus fort dans la communauté » en entendant ces derniers mots dans le sens de quote-part plus importante. Voyons tout d'abord les intérêts de la question :

A) Si les époux agissent à titre de créanciers, l'action qu'ils exercent sera réputée mobilière, quels que soient les biens mobiliers ou immobiliers que cette action leur permettra d'obtenir. Cela a deux conséquences importantes¹;

1. Si l'époux créancier de reprises vient à décéder, laissant un légataire pour les meubles et un légataire pour les immeubles, c'est au légataire des meubles qu'appartiendra la créance des reprises, réputée mobilière, ceci en tenant compte avant tout de l'intention du disposant;

2. Si l'époux créancier de reprises se remarie sous le régime de la communauté légale avant la liquidation de la communauté qui vient de se dissoudre, l'action en reprises tombera dans l'actif de la deuxième communauté.

B) Si la créance des reprises est mobilière, elle grèvera proportionnellement à la valeur des biens qu'ils reçoivent, le successeur aux meubles et le successeur aux immeubles, d'où recours de l'un contre, au cas où l'un des deux aurait payé plus que sa part. Les conséquences de l'autre théorie sont inverses. Si les reprises sont exercées à titre de propriétaire, l'action en reprises sera tantôt mobilière, tantôt immobilière, suivant

1. Vofr Aubry et Rau, t. VIII, § 511, p. 157.

la nature des biens prélevés. Le prélèvement ne se partagera pas comme une dette entre les héritiers. Il sera une charge des meubles d'abord, des immeubles ensuite suivant l'ordre tracé par l'article 1471.

Les arguments avancés par les partisans¹ de la thèse qui admet le droit de propriété se rapportent à trois ordres d'idées.

1. *Mode d'exercice de l'action*

2. *Objet de l'action.*

3. *Qualité de l'époux qui exerce l'action.*

Le raisonnement fait par ces auteurs est le suivant : l'époux agit soit à titre de propriétaire ou de copropriétaire, soit à titre de créancier. Il ne peut agir à titre de créancier. C'est donc qu'il agit à titre de propriétaire ou de copropriétaire.

Etudions successivement les divers arguments proposés.

A. Mode d'exercice de l'action.

Toute action suppose un débiteur contre la personne et sur les biens duquel un créancier peut agir. Qu'il s'agisse du mari ou de la femme, la masse de biens sur laquelle ils agissent est la communauté. On ne peut dire que le débiteur est la communauté ou quand on le dit on emploie une expression elliptique signifiant que l'action dont il s'agit s'exercera sur les biens communs; mais quand on emploie cette expression « la com-

1. Rodière et Pont, I, n° 383 et suiv., II, n° 1082; Demolombe, *Cours de Code civil*, n° 363 à 366; de Folleville, article cité; Esmein, article cité. Voir encore Cotelle, article cité et les arguments rapportés par Guillaud, t. II, n° 927.

munauté débitrice » on n'entend point attribuer par là à la communauté une personnalité morale qu'elle ne possède point¹.

Si c'est la mari qui exerce ses reprises, il n'y a pas de débiteur. La femme n'est en aucune manière tenue des reprises de son mari, même si elle a omis de faire inventaire (sauf une controverse que nous retrouverons).

1. Les auteurs sont aujourd'hui d'accord pour admettre que la communauté ne constitue point une personne morale distincte des époux. Les intérêts principaux de cette question étaient les suivants : dans l'affirmative, les créanciers de la communauté auraient eu vis-à-vis des créanciers personnels des époux un privilège comme au cas de société les créanciers sociaux ont un privilège vis-à-vis des créanciers personnels des associés. Après le partage de la communauté, l'effet déclaratif du partage (voir chap. VI début) remonterait au jour de la dissolution de la communauté, tandis que dans la doctrine contraire il remonte soit au jour du mariage soit au jour où le bien en question est entré dans la communauté. Voir Demante et Colmet de Santerre, t. VI, 18 *bis*, IV à IX.

En faveur de l'affirmative, on invoquait la terminologie de la loi, le Code Civil paraissant parler de la communauté comme si elle était un être moral. On invoquait notamment le fait que la communauté a des dettes propres. Voir Duranton, 14, n° 76 et Troplong, n° 306 et 321. De plus on peut dire que la théorie des récompenses montre que le patrimoine commun a une certaine individualité vis-à-vis du patrimoine propre des époux.

Il y a contre cette théorie tout d'abord la tradition et ensuite l'impossibilité de concilier cette doctrine avec certaines dispositions du Code Civil, notamment celles qui établissent une certaine confusion entre le patrimoine propre du mari et le patrimoine commun. Sans doute la communauté, à la différence de l'indivision entre cohéritiers est une indivision spéciale, organisée. Mais il n'y a point de raisons suffisantes pour affirmer que contrairement à la tradition, la communauté est une personne morale.

La jurisprudence refuse à la communauté la personnalité morale. Elle décide que les créanciers communs n'ont aucun droit de préférence vis-à-vis des créanciers personnels des époux. Civ., 18 avril 1860, S. 60.1 305, D. 60.1.185. De plus, elle décide que l'effet déclaratif du partage de la communauté remonte non au jour de la dissolution de la communauté, mais au jour où le bien est entré dans la communauté, Civ., 28 décembre 1886, S. 1887.1.213. Req., 16 janvier 1877, D. 1878.1.265. Consulter Nast, t. II, n° 155 à 158; Planiol, III, 905; Colin et Capitant, III, p. 60; Aubry et Rau, § 505; Meynial, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1903 p. 811.

Le mari ne peut s'attaquer qu'aux biens de la communauté et n'a point de débiteur à poursuivre.

Lorsque c'est la femme qui agit, son mari n'est débiteur que d'une façon subsidiaire et seulement en cas d'insuffisance de la communauté. Ce recours subsidiaire est une faveur accordée à la femme qui ne change point les caractères juridiques de l'action en reprises.

Le droit qu'a la femme au prélèvement, étant de même nature que celui de son mari, il en résulte que si les reprises du mari ne sont pas une créance, celles de la femme n'en peuvent constituer une.

B. Objet de l'action.

Un autre caractère qui distingue toute créance de deniers est qu'elle permet de poursuivre par voie d'exécution directe le recouvrement d'une somme d'argent tandis que le prélèvement tend à l'attribution en nature de meubles ou d'immeubles. L'époux exerce ses reprises, non par voie de saisie mais en prenant en nature des objets corporels mobiliers ou immobiliers, dans un ordre déterminé. Cet ordre différencie l'époux d'un créancier ordinaire. Le créancier n'a pas d'action spéciale contre tel ou tel bien qu'il exécuterait avant de passer à d'autres. Sauf une exception qui concerne les mineurs, et les interdits (art. 2206) il peut saisir ou faire vendre à son choix les immeubles ou les meubles. Au cas de prélèvement au contraire, l'époux suit un ordre déterminé: argent comptant, meubles, immeubles.

C) Qualité de l'époux qui exerce la reprise.

La qualité de créancier a pour conséquence de permettre le recouvrement d'une somme d'argent après vente de la chose d'autrui. L'époux qui prélève fait autre chose. Il prend en nature dans une masse sur laquelle lui et l'autre époux ont des droits indivis des objets sur lesquels il a un droit particulier. Ce droit ne peut être un droit de créance pur et simple, puisqu'il est doté d'un attribut exorbitant. Si ce n'est pas un droit de créance, c'est un droit de propriété ou de copropriété. La loi d'ailleurs n'a nulle part indiqué la soi-disant dette de reprises à côté des autres dettes de la communauté (voir art. 1409).

On conclut de là que les reprises, ne pouvant être exercées à titre de créancier, le sont à titre de propriétaire. Les époux sont propriétaires des biens communs jusqu'au montant de leurs reprises.

On ajoute que cette théorie est conforme à l'intention des parties, celles-ci n'ayant pas voulu imposer le caractère mobilier à un droit qui peut procurer soit des meubles, soit des immeubles. De plus, cette théorie présente l'intérêt pratique d'éviter des recours entre successeurs aux meubles et successeurs aux immeubles, recours auxquels donne lieu la théorie opposée.

Cette théorie s'appuie sur des arguments sérieux. On peut cependant la critiquer pour les raisons suivantes.

On fait au système qui défend le droit de propriété une première critique. Le droit de propriété dont il est

question dans nos lois porte sur des objets individualisés, tandis que le droit de propriété, que l'on veut attribuer à l'époux qui exerce ses reprises, porterait sur des objets indéterminés et indivis. Il n'y a pas de droit de propriété sur des objets indivis, il y a droit de copropriété ; ici l'un des époux aurait une part plus grande dans la masse à partager.

S'ils s'agissait d'un droit de copropriété véritable, ce droit porterait comme au cas d'indivision résultant d'une succession sur tous les éléments qui constituent l'indivision et dans le lot attribué à chacun des époux copartageants il devrait y avoir (art. 832) une quantité proportionnelle de meubles et d'immeubles. Ce qui montre que pour les biens faisant l'objet des prélèvements, il n'y a pas véritablement un droit de copropriété c'est que les prélèvements ne s'exercent point proportionnellement sur tous les biens de communauté.

S'il y avait droit de copropriété, les prélèvements s'exerceraient en vertu d'un droit plus fort sur la masse indivise. Mais ce n'est point ce qui a lieu. En réalité, les prélèvements ne s'exercent point sur la masse indivise. Les biens qui sont attribués à l'époux pour le remplir de son droit aux reprises ne font partie de la masse indivise qu'en apparence, en fait et non en droit ; il n'y aura vraiment indivision qu'après la liquidation des reprises. « Il ne doit y avoir vraiment de copropriété que sur ce qui restera de l'actif, déduction faite des reprises de chacun des époux. C'est à cela que se réduit la communauté¹. »

1. Rapport du conseiller Laborie, S. 1865.1.89 sous l'arrêt du 13 décembre 1864.

Voici ce que dit M. Planiol : « Il n'y a de masse partageable que déduction faite des prélèvements. Tant que ceux-ci ne sont pas opérés, la communauté contient des valeurs qui ne lui appartiennent pas réellement. Elle offre une apparence trompeuse et il faut lui faire pour ainsi dire rendre gorge avant de savoir ce qui peut être mis dans le lot de chaque époux¹⁻² ».

SYSTÈME DU DROIT DE CRÉANCE

Pour réfuter le système du droit de propriété ou de copropriété, il faut examiner quels sont en réalité l'objet et la cause de l'action.

1. L'objet de l'action — L'époux a droit à la restitution d'une somme d'argent, c'est-à-dire d'une quantité non encore individualisée, d'une somme qui est encore à l'état de chose de genre. On peut faire un rapprochement entre la situation de l'époux prélevant et celle de l'acheteur d'une chose de genre qui n'en devient propriétaire qu'au jour de son individualisation, de sa détermination. Le droit de l'époux ne s'étant pas encore fixé sur des espèces déterminées ne peut être un droit de propriété. C'est un droit de créance.

2. La cause de l'action — L'action a pour cause une récompense pour réception d'une somme d'argent par la communauté ou une indemnité pour obligation contractée, c'est-à-dire une diminution du patrimoine de

1. Note Planiol au D. 1890.1.369.

2. La difficulté que l'on rencontre ici sur la nature juridique des biens prélevés tient pour beaucoup à l'imprécision des textes et des théories qui concernent l'état d'indivision. Voir Capitant, *Revue critique*, 1924 et Civ., 13 janvier 1909, S. 1911.1.441,

l'époux et un profit corrélatif fait par la communauté. Cette cause ne produit point un droit de propriété sur des objets déterminés. Il n'en résulte qu'une créance mobilière. Et ce qui prouve bien qu'il s'agit ici d'un droit de créance, c'est que les reprises produisent intérêts du jour de la dissolution de la communauté, ce qui est la caractéristique d'une créance de somme d'argent.

Dans ce système, on répond aux arguments tirés par la thèse adverse du mode d'exercice de l'action qu'il est excessif d'en déduire des conclusions sur la nature du droit. Le législateur, voyant les heureux effets et la simplification apportée aux opérations de la liquidation par un procédé de la pratique en parle dans quelques articles assez brefs. Le prélèvement est un mode de règlement destiné à procurer une économie de temps, de frais et de procédure, conforme à l'intérêt des époux. Pour faciliter les opérations, qui de près ou de loin touchent au partage des biens de communauté, on dispense les époux de faire vendre ces biens. On leur donne la faculté de se remplir de leurs droits en prélevant des espèces ou des biens de la masse commune. Ce qu'oublie un peu trop le système qui défend le droit de propriété, c'est que l'époux ne prélève des meubles ou des immeubles qu'à défaut d'espèces. En principe, l'époux doit être payé en espèces. Ce que l'on doit considérer avant tout, c'est le mode de règlement normal et ce règlement normal est le prélèvement d'une somme d'argent — le paiement d'une dette — le paiement de la reprise due par la communauté à ce créancier — un peu spécial, nous le verrons — qu'est l'époux.

Ce n'est qu'à défaut d'espèces dans la masse commune, que le Code permet aux époux d'employer ce mode de règlement des reprises qu'est le prélèvement de meubles ou d'immeubles. Mais ce dernier mode de règlement ne peut influencer sur la nature du droit du créancier qui est ainsi payé et ne peut transformer ce droit de créance en droit de propriété. Sans doute l'époux, créancier de reprises, ne peut s'attaquer indifféremment aux divers biens de la communauté. Il doit suivre un ordre déterminé, mais cet ordre, que l'on peut d'ailleurs invoquer avec plus de force contre la théorie qui défend le droit de propriété qu'en sa faveur n'est qu'une disposition spéciale destinée à régler plus équitablement la liquidation des reprises. Sans doute, en principe, un créancier peut s'attaquer indifféremment à tous les biens de son débiteur (art. 2092) mais l'on ne peut conclure de l'ordre des prélèvements que l'époux prélevant n'est pas un créancier. L'ordre qu'il suit est le même que celui suivi par le créancier d'un mineur ou d'un interdit (art. 2206). Le but de ces deux dispositions est le même. On veut obliger le demandeur — créancier dans un cas — époux dans l'autre — à poursuivre d'abord ces biens de peu de valeur que sont pour le Code Civil : les meubles et à ne s'attaquer aux immeubles qu'au cas d'exécution impossible sur les meubles. Dans le cas de l'article 2206, la loi a voulu que le mineur ou l'interdit, incapable de gérer son patrimoine le retrouve lorsque cessera son incapacité, dans le meilleur état possible, c'est-à-dire avec le plus possible de biens par excellence : d'immeubles. L'ordre des prélèvements a été de même édicté

pour qu'après le paiement des reprises, les époux qui vont partager la masse commune retrouvent dans celle-ci le maximum possible de ces mêmes biens immeubles. Les deux articles 2206 et 1471 al. 2 se ressemblent dans leur rédaction. On ne dit pas que, dans le premier cas, le créancier a un gage spécial pour le recouvrement de sa créance. Nul ne soutient que son droit de créance est modifié dans sa nature par la disposition exceptionnelle de la loi. Il y a simplement dans ce cas ordre particulier de discussion des biens. Il en est de même dans le cas de prélèvement. Malgré l'ordre de ceux-ci (ordre qui n'est pas imposé au créancier quelconque — mais que cependant doit suivre le créancier d'un mineur ou d'un interdit, sans que pour cela son droit se transforme) le droit de l'époux est un droit de créance.

Il est vrai que les reprises sont dues non par l'un des époux à l'autre (en règle générale) mais dues à chacun des époux par la communauté c'est-à-dire qu'elles sont recouvrables sur la masse des biens communs, mais cela tient à la nature tout à fait spéciale de la communauté, qui, sans pouvoir à proprement parler être débitrice à cause de son défaut de personnalité, peut cependant avoir la caractéristique la plus importante d'un débiteur : servir par les biens qui la composent à faire rentrer l'époux dans ce qui lui est dû.

En faveur de la thèse du droit de créance, on a encore fait un rapprochement entre l'art. 1493, al 2 et l'art. 1470, al. 3. Dans les deux cas, il s'agit de reprises ; celles-ci ont des causes identiques, le premier cas visant l'hypothèse de renonciation, le second celle

d'acceptation. Dans le deuxième cas le droit de la femme est pourvu d'une faveur spéciale : la faculté qu'elle a de prendre des biens en nature pour se remplir de ses droits, mais cette faveur ne peut influencer sur la nature de l'action qui est identique dans les deux cas. Or, dans le premier cas, il s'agit certainement d'un droit de créance, puisque la femme du fait même de sa renonciation ne peut invoquer aucun droit réel sur les biens communs. Comment pourrait-il en être autrement dans le second cas ?

Ainsi le droit de prélèvement est un droit accessoire attaché aux reprises des époux qui ne modifie pas la nature des reprises. En effet le droit d'exercer le prélèvement ne peut exister que si l'un des époux est créancier de la communauté. Les reprises ou récompenses sont des dettes de la communauté et c'est parce que l'époux est créancier de la communauté qu'il peut prétendre exercer des prélèvements sur la masse commune. De même que l'hypothèque, le droit de prélèvement n'est qu'un droit accessoire attaché à une créance.

Le système de la propriété ou de la copropriété n'a plus guère aujourd'hui de défenseurs¹, des développements que nous avons faits, et sous réserve de préciser

1. Voir cependant Cotelle, article cité. En faveur du droit de créance nous pouvons citer les auteurs suivants : Planiol, III, 1274 (implicite-ment); Colin et Capitant, III, p. 196; Laurent, t. XXII, n° 525; Guillelouard, t. II, n° 922; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 1121; Nast, t. II 838, al. 3. MM. Aubry et Rau parlent de droit plus fort que le droit de propriété du conjoint, (t. VIII, § 511, p. 163) mais le texte développe les conséquences de la théorie suivant laquelle les reprises sont exercées en vertu d'un droit de créance. La note 28 de M. Bartin est dans ce dernier sens. Voir encore note 30 *bis* et 33 *quater*.

notre doctrine plus tard, nous concluerons que les reprises sont exercées à titre de créancier. C'est la solution à laquelle nous ont conduit nos raisonnements et c'est aujourd'hui la solution qu'adoptent la jurisprudence et la presque unanimité des auteurs.

La jurisprudence qui a suivi l'arrêt Moinet a développé la théorie exposée par cet arrêt et a fait produire à la qualité de créancier reconnue à l'époux les conséquences suivantes qui seront ici simplement indiquées pour être développées plus tard (chap.V)

1. La femme n'a aucun privilège vis-à-vis des créanciers de la communauté;

2. Le droit aux reprises est mobilier et non tantôt mobilier, tantôt immobilier; le caractère immobilier ne disparaît pas du fait que le prélèvement est exercé sur un immeuble;

3. La dette des reprises pèse proportionnellement sur les meubles et sur les immeubles;

4. Le droit aux reprises n'est pas susceptible d'hypothèque;

5. Au cas où la femme renonce, le prélèvement ne peut être employé; il ne peut être question que d'exécution forcée;

6. Enfin, conséquence très importante, le prélèvement est facultatif.

Désavantages de la qualité de créancier, poussée dans ses extrêmes conséquences logiques

Nous avons vu plus haut que l'époux, agissant en reprises, qui est un créancier a aussi un autre ti-

tre, celui de copartageant. Cette deuxième qualité reconnue à l'époux a été utilisée par la jurisprudence après 1858 pour obvier à certains inconvénients que présentait le système des reprises-créances poussé dans ses extrêmes conséquences logiques et qui étaient les suivantes :

1. Si les reprises sont des créances, l'acte juridique, par lequel l'époux reçoit en paiement de sa créance des biens de communauté, est une dation en paiement, tout au moins pour la portion qui appartenait au conjoint de l'époux créancier dans les biens prélevés¹. D'où, cette conséquence désavantageuse que cet acte sera soumis aux droits de mutation et de transcription.

2. Si les reprises des époux sont des créances nullement différentes des autres créances qui se recouvrent sur la communauté, il en résulte qu'au cas de défaut d'inventaire, la femme tenue *ultra vires* de la moitié des dettes communes, est aussi tenue *ultra vires* de la moitié des reprises de son mari. Voyons tout d'abord la première question.

Le prélèvement est-il une dation en paiement ?

L'assimilation du prélèvement à la dation en paiement était désavantageuse pour les raisons suivantes : la dation en paiement emporte mutation de propriété, d'où exigibilité des droits de mutation, nécessité d'une transcription. C'est la garantie en matière

1. Voir Planiol, III, n° 1270.

de vente qui devra s'appliquer (*dare in solutum est quasi vendere*). Si le prélèvement porte sur un immeuble d'une valeur bien plus grande que la créance qu'il doit éteindre l'action en rescision possible est celle qui s'applique en matière de vente : celle des 7/12 (art. 1674 C. C.). Les prélèvements ne seront pas rescindables pour lésion de plus du 1/4¹. Folleville ajoute² que la femme qui prélève devenant l'ayant-cause de son mari doit respecter tous les droits que le mari a pu consentir à des tiers sur les biens prélevés. Ceci est vrai des droits qui sont nés du chef du mari avant la dissolution de la communauté, et vrai même en dehors de la théorie discutée ici à cause des art. 1421 et suivants du Code Civil, le mari étant maître de la communauté, mais pour les droits nés du chef du mari depuis la dissolution [de la communauté, cela n'est plus vrai puisque le mari a alors perdu le droit de grever les biens d'une charge quelconque³.

Le prélèvement est différent d'une dation en paiement. Pour le prouver on invoque trois arguments⁴ :

1. La dation en paiement à la différence du prélèvement suppose un accord de volontés;

2. La dation en paiement est translatrice de propriété tandis que le prélèvement est déclaratif;

3. Dans la dation en paiement le débiteur donne

1. Voir encore au cas de faillite, chap. IX.

2. De Folleville, article cité, p. 278.

3. Voir Mourlon, *Transcription*, n° 47; Troplong, *Contrat de mariage*, t. III, n° 374.

4. Comparer Laurent, t. XXII, n° 539.

en paiement un bien qui est à lui et sur lequel le créancier n'avait antérieurement aucun droit, tandis que le prélèvement a pour objet des biens faisant partie d'une masse vis-à-vis de laquelle, après les prélèvements opérés, le créancier aura des droits indivis.

Examinons ces divers arguments :

1. Quand on dit que le prélèvement est différent d'une dation en paiement parce qu'il ne suppose pas un accord de volonté, il faut voir exactement à quoi se réduit cette différence.

Et pour cela, nous établirons une comparaison entre le prélèvement et l'acquisition de mitoyenneté (art. 660 et 661 C. C.). Cette dernière s'opère dans un domaine différent de celui du prélèvement, mais elle est comme celui-ci un exemple des cas dans lesquels en dehors des hypothèses de saisie ou d'expropriation pour cause d'utilité publique, une personne peut être privée sans sa volonté, de son bien dans le cas d'acquisition de mitoyenneté, et dans l'autre cas de biens sur lesquels elle a un droit indivis. L'acquisition de mitoyenneté est obtenue par une cession forcée. On peut dire que c'est une expropriation privée pour cause d'utilité générale. Celui dont la propriété est bordée par un mur privatif appartenant à son voisin, peut toujours exiger de celui-ci la cession de la mitoyenneté. Le voisin ne tire pas son droit de la volonté de l'autre partie. Il a droit à la cession de mitoyenneté, comme l'époux créancier a droit au

prélèvement. Tous deux tirent leur droit, non de la volonté de l'autre partie, mais de la loi.

Mais ces deux droits n'ont pas la même force. En effet, tandis que la cession de mitoyenneté est forcée et que le propriétaire ne peut s'opposer à la demande de son voisin, au cas de prélèvement au contraire, il a été jugé, comme nous le verrons plus loin (chap. V 6 t.) que le prélèvement n'est pas obligatoire pour celui contre lequel il s'exerce et que ce dernier peut l'écarter en payant à son adversaire la moitié de la dette des reprises. Tandis que dans la cession de mitoyenneté, le caractère synallagmatique n'apparaît pas, il existe tout au moins dans une certaine mesure au cas de prélèvement. L'époux adversaire de celui qui veut prélever pouvant d'une certaine façon écarter le prélèvement inversement, si le prélèvement s'opère, c'est :

a) Ou que l'autre époux au moins tacitement l'accepte;

b) Ou que cet époux n'a pas des biens en quantité suffisante pour écarter le prélèvement en payant la dette des reprises.

C'est dans le deuxième cas seulement que le prélèvement s'effectue en dehors d'un accord de volontés et c'est seulement sur ce point évidemment important que l'on peut invoquer l'argument invoqué pour différencier le prélèvement de la dation en paiement.

2. En disant que le prélèvement est déclaratif et que la dation en paiement est translatrice, on ne

différencie pas véritablement ces deux institutions. Au cas d'assimilation faite par la jurisprudence, il est évident que celle-ci aurait donné au prélèvement le caractère translatif de la dation en paiement. Pour différencier deux institutions, il ne faut pas s'attacher à la différence des effets, mais à celle des caractères juridiques. Et ici, cela est d'autant plus nécessaire, que l'effet déclaratif du prélèvement est, pour la jurisprudence, une conséquence de l'effet déclaratif du partage, qui translatif de sa nature, est devenu déclaratif pour des nécessités de lutte fiscale. Ce serait donner une base trop faible à la différence que l'on tente d'établir.

3. La véritable différence est celle-ci. Tandis que, dans la dation en paiement, le créancier reçoit un bien sur lequel il n'avait antérieurement aucun droit, l'époux qui prélève est payé de ses reprises par l'attribution de biens communs. Ces biens se trouvent dans une masse, sur laquelle l'époux créancier a des droits indivis, biens qui auraient pu, à défaut de prélèvement par lui, lui être attribués à titre de part dans l'actif net. A la qualité de créancier de l'époux se joint intimement celle de copartageant. Les auteurs sont d'accord aujourd'hui pour repousser l'assimilation du prélèvement à une dation en paiement¹.

Mais si le prélèvement n'est pas une dation en paiement, c'est que la créance des reprises n'est pas absolument semblable aux autres créances, qui se recouvrent

1. Guillouard, t. 2, n° 966, Aubry et Rau, t. 8 § 5115 p. 169. Planiol, III, 1270; Nast, t. II, 838, p. 216; Colin et Capitant, III, p. 196 4° alinéa.

sur la communauté, ce que nous allons mieux voir encore en étudiant la deuxième question.

**Au cas de défaut d'inventaire
la femme est-elle tenue ultra vires, de la moitié
des reprises de son mari**

Une deuxième conséquence logique et très désavantageuse de la théorie des reprises-créances était pour la femme la suivante :

L'article 1483 déclare, qu'à défaut d'inventaire, la femme est tenue sur ses propres biens de la moitié des dettes de la communauté et cela même au delà de la part qu'elle aura prise dans les biens communs.

D'autre part, l'arrêt Moinet décide que l'époux qui exerce ses reprises agit à titre de créancier de la communauté. Les reprises, tant du mari que de la femme, sont de véritables dettes de la communauté. Elles doivent être assimilées aux autres dettes de la communauté (en tenant compte pour ce qui est des reprises du mari que celui-ci n'est payé qu'après les créanciers communs).

L'article 1483 étant conçu en termes généraux, il faut l'appliquer à toutes les dettes de la communauté, non seulement, aux dettes envers les tiers, mais également encore à la dette que la communauté doit à ce créancier qu'est l'époux qui exerce ses reprises. La femme au cas de défaut d'inventaire, répond sur ses propres biens *ultra vires emolumentis*, de la moitié des dettes communes. Parmi ces dettes communes, se trouve la dette

des reprises du mari. La femme devra donc répondre *ultra vires* de la moitié de cette dette. Cette conséquence logique avait été adoptée par la Cour de Douai¹.

Cette conséquence était très désavantageuse pour la femme. Pour la repousser, il a fallu, non pas écarter le principe de l'arrêt Moinet, mais le préciser : l'époux agissant en reprises est bien un créancier, la dette des reprises est bien une dette de communauté, mais elle n'est pas une dette absolument semblable aux autres. Pour écarter la conséquence que nous envisageons, il a fallu différencier la dette des reprises des autres dettes de la communauté et l'on a raisonné ainsi :

1. L'article 1409 qui énumère les dettes dont se compose le passif de la communauté ne cite point les reprises des époux parmi ces dettes;

2. Les reprises des époux sont soumises à des règles spéciales, inconciliables avec celles du partage du passif. Elles s'exercent par des prélèvements sur l'actif.

D'autre part, les héritiers du mari n'ont recours pour les reprises de celui-ci que sur les biens communs. En effet, l'article 1472 décide que le mari ne peut exercer ses reprises que sur les biens de la communauté, et l'article 1436 que la récompense du prix de l'immeuble appartenant au mari ne s'exerce que sur la masse de la communauté².

Dans cette thèse, on dit que l'article 1483 ne vise que les créances des tiers contre la communauté. Lorsqu'il

1. Voir Douai, 12 décembre 1861, S. 1862.2.67.

2. Voir Angers, 20 mai 1861 et 11 août 1864, D. 1864.2.186. Voir aussi Agen, 4 décembre 1866, S. 1867.1.217.

s'agit au contraire des créances du mari, seuls les articles 1472 et 1436 doivent intervenir. Ces articles affranchissent purement et simplement la femme de contribuer au paiement des reprises du mari sur ses biens.

Mais pour repousser complètement cette conséquence désavantageuse pour la femme, la jurisprudence a été obligée d'abandonner, ainsi que le dit M. Esmein¹, « l'idée maîtresse du système » et de dire que les reprises que soit le mari, soit la femme peuvent avoir à exercer sur la masse des biens constituant en leur faveur un droit spécial donnant lieu à un prélèvement sur cette masse, prélèvement qu'ils font comme d'une chose qui leur est propre et qui n'est point entrée en communauté².

Il faut donc faire prévaloir les articles 1436 et 1472. La disposition de l'article 1483 n'est introduite qu'en faveur des créanciers et non des héritiers du mari qui ont la possibilité de provoquer un inventaire. A ce point de vue particulier, les reprises ne constituent pas à proprement parler des créances mais un droit spécial donnant lieu en cas d'insuffisance de l'argent comptant à des prélèvements en nature sur la masse³.

1. Esmein, article cité.

2. Civ., 18 février 1867, S. 1867.1.222, D. 1867.1.61.

3. Voir dans le sens indiqué, Besançon, 17 janvier 1883, S. 1884.2 45. Bordeaux, 16 mars 1869, S. 1869.2.239; Req., 4 décembre 1889 S. 1891.1.73. Nast, t. II, n° 834; Aubry et Rau, t. VIII, § 520, texte et note 30; Laurent, t. XXII, n° 80; Guillouard, t. II, n° 962, t. III, n° 1410; Baudry-Lacantinerie, II, 1118, sens contraire, Rodière et Pont, t. II, n° 1120.

DIFFERENCES QUI EXISTENT ENTRE LA CREANCE DES REPRISES ET UNE CREANCE ORDINAIRE

De la critique du système, en vertu duquel les reprises seraient exercées à titre de propriétaire, il est résulté que les reprises sont exercées à titre de créancier. Mais nous avons vu que la créance des reprises présente des caractères tout à fait spéciaux :

1. Au point de vue du créancier;
2. Au point de vue de l'objet de la créance, c'est-à-dire de ce qui peut être réclamé par le créancier;
3. Au point de vue de la qualité de l'époux.

Il nous reste encore à voir pour mieux différencier la créance des reprises d'une créance ordinaire certains traits particuliers, certains caractères que la loi a donnés à cette créance en raison même de ce fait qu'elle est la créance des reprises, c'est-à-dire une créance intervenant dans les rapports entre deux personnes qui ont été et qui sont peut-être encore unies dans cette société particulière qu'est la société conjugale.

Cette créance présente certains avantages sur une créance ordinaire :

1. Avantages communs aux deux époux. Elle est seule recouvrable sur la masse, tandis que les autres le sont divisément sur les biens échus à chaque copartageant. Une créance ordinaire se divise de plein droit. Or, l'on n'emploie plus le procédé du mi-denier. Il y a prélèvement intégral.

La communauté n'ayant pas la personnalité morale, les créanciers de la communauté n'ont aucun privilège vis-à-vis des créanciers personnels des époux. L'époux créancier au contraire est préféré aux créanciers personnels de l'autre époux¹. La raison de cet avantage, c'est que les créanciers ne sauraient avoir plus de droits que n'en a le débiteur au nom duquel ils agissent. C'est seulement après paiement de ses reprises à l'époux qui prélève, que celui qui n'a pas de reprise à exercer pourra prendre sa part dans l'actif. Les créanciers personnels de ce dernier sont dans la même situation que lui, et ne pourront se payer que sur la part attribuée à l'époux qui est leur débiteur après désintéressement de l'autre époux.

La jurisprudence n'a guère eu à statuer sur ce point. Il y a cependant un arrêt². Cet arrêt est peu clair. Il a été rendu dans les circonstances suivantes : une communauté réduite aux acquêts avait été dissoute par la mort de la femme et n'avait pas été liquidée. Quelques années plus tard, le mari survivant tombait en faillite. Après la cessation des paiements, mais avant le jugement déclaratif, le fils qui avait accepté la communauté avait été payé de ses droits par son père. Le syndic demandait la nullité de l'acte de partage. En ce qui concerne les biens de l'ancienne société d'acquêts attribués au fils, la demande a été repoussée.

Cependant, l'arrêt dans ses motifs dit ceci : « Ces droits (ceux du fils) étaient non ceux d'un créancier,

1. Civ., 9 février 1887, S. 1888.1.5; Baudry, t. II, n° 1123; Laurent t. XXII, n° 525.

2. Bordeaux, 4 avril 1876, S. 1877.2.227, D. 1879.2.265.

mais bien ceux d'un communiste revendiquant sa part dans la masse commune. » Cette phrase semble bien se référer à la thèse des reprises exercées à titre de propriétaire et cela fait que certains auteurs répugnent à utiliser cet arrêt¹.

2 La femme a aussi des avantages par rapport au mari².

a) Elle prélève avant lui, (voir chap. VII sect 2).

b) Au cas où les biens de communauté sont insuffisants pour la remplir de ses reprises, l'article 1472 al. 2 lui donne un recours subsidiaire sur les biens de son mari.

Il résulte de tous ces arguments que la créance des reprises est vraiment différente des autres et caractéristique.

Est-ce une créance alternative ? Nous verrons que le prélèvement est facultatif pour le créancier et aussi dans une certaine mesure pour le débiteur, en ce sens que ce dernier peut écarter le prélèvement en payant la moitié des reprises de l'autre époux. L'alternative serait : ou des biens ou de l'argent au choix du créancier, ce qui déjà ne constitue pas le droit commun, car l'alternative est stipulée d'ordinaire en faveur du débiteur (art. 1189 et 1190. C.C.). Mais ce qui empêche de considérer la créance des reprises comme une créance alternative, c'est qu'elle serait alternative pour le créancier et aussi dans une certaine mesure pour le débiteur. Il ne faut pas oublier que l'ordre des prélèvements,

1. Comparer Civ., 25 juillet 1923, D. 1926.1.153; Demolombe, t. XVI n° 464; Legrand, p. 179; Planiol, III, n° 1278; Aubry et Rau, t. VIII, § 511, note 27, p. 163.

2. Laurent, t. XXII, n° 516.

n'est pas alternatif mais successif. Le prélèvement en effet, ne porte pas sur de l'argent ou des meubles, ou des immeubles, mais sur de l'argent d'abord, des meubles ensuite, et enfin des immeubles. Cette créance serait vraiment trop spéciale et trop complexe, pour qu'on puisse lui appliquer les dispositions des articles 1189 et suivants. En tout cas, ce ne serait point une créance alternative ordinaire.

La créance des reprises est vraiment originale. Un arrêt¹, dit à ce sujet : « une créance de nature spéciale, qui s'exerçant par voie de prélèvement... » C'est une créance « *sui generis* » pourrait-on dire, si ces termes n'étaient pas trop souvent le voile d'un défaut d'explication.

Après avoir vu en quoi la créance des reprises était différente d'une créance ordinaire, il faut voir pourquoi il en est ainsi. C'est que, (en omettant le recours de la femme contre son mari qui repose sur un autre principe : celui de la responsabilité du mari administrateur de la communauté), ces créances sont des créances contre la communauté. Cette communauté n'est pas une personne morale distincte des époux.

Ces créances sont en réalité des créances entre époux, et ne devraient se régler qu'après le partage. Mais pour éviter des complications, la loi a voulu qu'on en fasse le règlement en même temps que la liquidation des droits des époux sur les biens communs et c'est ce qui explique la difficulté qu'il y a à faire entrer la théorie de la liquidation des reprises dans celle du droit

1. Civ., 13 décembre 1864, S. 1865.1.89.

de créance ordinaire. Cela explique aussi pourquoi, après avoir posé le principe que l'époux agissant en reprises n'était qu'un créancier, la jurisprudence a dû préciser sa théorie.

Nous avons supposé dans tous les développements qui précèdent, que la femme acceptait la communauté et nous avons raisonné sur cette unique hypothèse, ce qui peut paraître quelque peu arbitraire. Le prélèvement est le mode de règlement d'une créance. La femme renonçante, quand elle a des reprises à exercer, a une créance contre son mari, mais cette créance est privée du droit accessoire qui l'accompagne au cas d'acceptation : le droit de prélèvement. La femme se trouve alors, sauf le droit de préférence résultant de son hypothèse légale, (art. 2092 art. 2121) dans la situation de tout individu à qui serait due une certaine somme¹. La créance des reprises n'a pas les mêmes effets suivant que la femme accepte, ou suivant qu'elle renonce. Dans le deuxième cas, la femme ne pourra plus joindre à sa qualité de créancière, celle de copartageante, qu'elle possède au cas d'acceptation. Cette différence, étant le principal effet de la renonciation, fait comprendre pourquoi la femme renonçante n'a plus pour le recouvrement de sa créance, le droit exorbitant, dont elle peut user au cas d'acceptation. C'est là un point essentiel. Nous verrons plus longuement, à la fin de cette étude les conséquences de la renonciation de la femme, au point de vue spécial du prélèvement (chap. XII).

1. De Folleville, article cité, chap. III; Nast, t. II, n° 830.

SYNTHÈSE DES DEUX QUALITÉS DE CRÉANCIER ET DE COPARTAGEANT

Il existe des différences profondes, entre la créance des reprises et une créance ordinaire. Le droit exceptionnel dont la première est dotée n'appartient pas à un créancier ordinaire. Si l'époux a ce droit, c'est qu'il n'est pas un créancier ordinaire. « Un créancier ne peut de droit commun exiger qu'une seule chose : son paiement pur et simple. Or le prélèvement n'est pas un paiement pur et simple... Il ne peut donc être exigé en vertu du seul titre de créancier¹ ».

La créance des reprises est donc tout à fait particulière. Pourquoi ?

C'est parce que les reprises ont un caractère mixte dont nous n'avons vu jusqu'ici que la première face. L'arrêt Moinet disait : « les reprises sont exercées à titre de créancier », mais, très peu de temps après, l'arrêt Villet² précisa la théorie (au point de vue fiscal il est vrai, mais la formule a été reproduite plus tard) et la compléta ainsi : « à titre de créancière et de commune ». Ce dualisme ne fut d'abord qu'une doctrine assez imprécise. On peut lire dans les motifs d'un arrêt du 1^{er} juin 1862³ : « Ce prélèvement indépendant de sa qualité de femme commune et qu'elle conserve le droit d'exercer même en renonçant à la communauté... ». Ces idées, survivances de la théorie condamnée en 1858, sont

1. Legrand, p. 139, n° 21.

2. Civ., 3 août 1858, S. 1858.1.711 à 719.

3. Req., 1^{er} juin 1862, S. 1862.1.829. Voir encore les mêmes termes dans un arrêt d'Angers du 11 mai 1891, D. 1893.2.447.

inconciliables avec celles de l'arrêt Moinet. Elles n'ont pas été reproduites postérieurement. Le mot de copropriétaire que l'on évitait après 1858 a reparu dans les arrêts. « La femme acceptante n'en est pas moins copropriétaire des biens communs¹. » La formule courante aujourd'hui, est celle-ci : « les prélèvements sont effectués à titre de créancier et de copartageant² ».

En effet, comme nous l'avons déjà dit — (qu'on nous pardonne cette répétition d'une idée sur laquelle on ne saurait trop insister en traitant la question des prélèvements) — il est indispensable de considérer chez l'époux deux titres différents qui lui permettent de retirer des valeurs de la masse commune¹ celui de créancier de reprises qui lui donne pour se payer le droit de prélever des espèces ou des biens communs. Et si c'est la femme qui agit elle est alors payée en concours avec les créanciers² celui de copartageant. Après le paiement des créances, et notamment des reprises, s'il reste des valeurs dans la masse commune, il faudra les partager, et alors l'époux copropriétaire de cette masse tirera de sa qualité de copropriétaire celle de copartageant³.

Les prélèvements, impliquant chez lui, qui les exerce la qualité de copartageant, vont avoir certains rapports avec le partage, et ces rapports font comprendre qu'ils

1. Agen, 20 janvier 1896, D. 1898.2.9.

2. Civ., 6 décembre 1910 cité plus bas.

3. Comme le dit M. Bartin (Aubry et Rau, t. VIII, § 511, p. 166, note 28) « la qualité de copropriétaire équivaut à celle de copartageant » Il y a entre la qualité de copropriétaire et celle de copartageant le même rapport, la même relation qu'entre le droit et l'action. La deuxième qualité est la réalisation de la première.

prennent tous les caractères du prélèvement qui peuvent se concilier avec cette idée que l'époux qui prélève est d'abord, et avant tout, un créancier. Les prélèvements, étant exercés, tout au moins en partie, en conséquence d'un de leurs caractères, à titre de copartageant, participent de la nature du partage.

MM. Aubry et Rau¹ donnent cette formule : « le prélèvement ne constitue pas un partage proprement dit, ni un véritable dation en paiement, mais un simple règlement entre époux. »

Nous avons vu les différences qui séparent le prélèvement d'une dation en paiement. Il est évident que le prélèvement, ayant pour objet la liquidation des reprises est un règlement entre époux. Mais il nous faut maintenant expliquer cette formule de la Cour de Cassation : « le prélèvement ne constitue pas un partage proprement dit, mais une opération de partage. »

ASSIMILATION DU PRELEVEMENT A UNE OPERATION DE PARTAGE

L'intérêt pratique est grand à assimiler ou à différencier, au point de vue de leurs effets, le prélèvement et le partage, le prélèvement et une opération de partage². Prenons pour exemple, la lésion dans le prélèvement. Au cas d'assimilation, on calculera la lésion sur l'ensemble

1. Aubry et Rau, § 511, p. 169.

2. La question n'est pas nouvelle. Nous avons cité à ce sujet les idées de Pothier, *Traité des fiefs*, partie I, chap. V, art. 2, § 5. La question s'est posée en ce qui concerne la lésion sous la Révolution. Poitiers, 12 floréal an XII, Répertoire de législation Dalloz, mot : contrat de mariage n° 2346. Sur l'ensemble de la question, consulter Nast, t. II, n° 938 p. 217 et les auteurs cités par lui à la note 3. Aubry et Rau, § 511, p. 155 p. 169, note 30 *quater*; Delassale, p. 26; Percerou, *Des Faillites*, t. I n° 621 et les arrêts que nous citerons plus loin.

des biens reçus par l'époux tant à titre de prélèvement qu'à titre d'allotissement. Au cas contraire, on ne calculera la lésion que sur la deuxième partie de ces biens.

Voyons quelles sont les différences qui existent entre le prélèvement et le partage. Le prélèvement détermine la masse partageable, tandis que le partage constitue la division de cette masse. Le prélèvement est une opération préalable au partage. Il constitue un règlement de comptes entre créancier et débiteur. Il ne fait pas cesser d'indivision et n'a pour objet d'en faire cesser une, mais au contraire de délimiter ce qui constituera véritablement la masse indivise. Les prélèvements sont les mesures préliminaires, qui après leur accomplissement, permettent de connaître les forces de la communauté, les valeurs qui la composent, et qui peuvent seules alors être partagées. Les époux ne sont copartageants qu'après les prélèvements (arrêt du 13 décembre 1864¹). Les biens prélevés ne font point partie de l'indivision. Il n'y a de copropriété que sur la masse des biens déduction faite des prélèvements. Le partage a pour but de faire cesser l'indivision par l'allotissement, la distribution de l'actif laissé disponible par les prélèvements.

Ce qui donne lieu au prélèvement, c'est le fait que l'un des époux a une reprise à exercer. On prélève, parce que l'on est créancier. Ce qui donne lieu au partage, c'est l'indivision. On partage, parce que l'on est copropriétaire. L'époux est devenu créancier de la communauté. C'est en cette qualité qu'il a droit à un rem-

1. Civ., 13 décembre 1864, S. 1865.1.89.

boursement. C'est en cette qualité qu'il prend par prélèvement les valeurs nécessaires pour se désintéresser. Dès lors, le prélèvement n'est pas un partage. Le partage a pour objet de faire cesser l'indivision tandis que le prélèvement a pour objet d'éteindre une dette.

Le prélèvement se fait, en ce qui concerne la femme tout au moins, en concurrence avec les créanciers. Le partage, lui, se fait sur l'actif net. La femme, le mari ou leurs héritiers respectifs, ont deux actions : l'une pour demander la liquidation des reprises; l'autre pour demander la liquidation de la communauté. Il a été jugé que ces deux actions étaient indépendantes l'une de l'autre et que la femme pouvait demander la liquidation de ses reprises, sans demander la liquidation de la communauté¹.

La liquidation des reprises se fait, en effet, au moyen de prélèvements, celle de la communauté au moyen du partage. On peut conclure de cet arrêt, que le prélèvement et le partage sont essentiellement différents l'un de l'autre.

Ainsi, le prélèvement n'est pas un partage proprement dit, ce qui aurait été la conséquence naturelle et logique du système des reprises exercées à titre de propriétaire. Cependant la jurisprudence l'a assimilé à une opération de partage. Nous avons vu un exemple de l'intérêt pratique que pouvait comporter une pareille assimilation. Cet intérêt pratique a été le but de la construction qu'a faite sur ce point la Cour Supême. Il nous faut

1. Req., 7 juillet 1874, S. 1874.1.147.

voir maintenant les raisons qui ont été données pour justifier ce résultat et les critiques que l'on peut faire à cette théorie.

En faveur de la jurisprudence, on développe les arguments suivants Le partage englobant tout acte qui fait cesser une indivision, toute opération qui a pour objet de faire cesser une indivision, non seulement comme but immédiat et rapproché, mais comme fin lointaine, est une opération de partage. Le prélèvement est placé par la loi à la rubrique du partage de la communauté, ce qui indique un lien étroit entre le prélèvement et les autres opérations de ce partage. C'est une opération préliminaire au partage proprement dit, qui fait corps avec lui, non seulement pour la pratique notariale, mais encore dans la réalité des faits et la pensée des époux. Chaque époux considère comme rentrant dans sa part tout ce qui lui advient à un titre quelconque. Pratiquement, le notaire, chargé de la liquidation des droits des époux, ne fera qu'un seul acte et il attribuera tels ou tels biens à la fois à titre de prélèvement et d'allotissement ou de part dans la communauté. Il sera plus facile ainsi de trouver des biens de valeur adéquate. Peut-on concevoir qu'un bien soit d'abord attribué à titre de paiement de reprises et que l'indivision continue par la masse à partager. Les époux qui veulent faire le règlement de la communauté, qui a existé entre eux, le font une fois pour toutes, dans une seule procédure, qui quelquefois (affaire Auzouy citée plus loin), est un prélèvement seul, lorsque le prélèvement absorbe la totalité de l'actif, ou parfois un partage seul,

au cas possible où aucun époux n'aurait de reprise à exercer. Mais ce règlement est toujours une procédure qui ayant pour but de faire cesser l'indivision doit d'après l'article 888 avoir toutes les conséquences d'un partage.

Le prélèvement et le partage sont les éléments d'un même compte total. Les opérations sont distinctes, le plus souvent, mais elles ont entre elles un lien étroit. Elles ont le même but final. Le prélèvement fait partie intégrante du partage.

L'action en partage ouverte à toute personne qui se trouve dans l'état d'indivision comporte suivant les articles 828, 829 et 830 le règlement des comptes que les copartageants peuvent se devoir et la formation de la masse par les rapports et les prélèvements. — Ces articles sont déclarés applicables au partage de la communauté par l'article 1476. Le partage de la communauté comprend, parmi les opérations qu'il comporte, le prélèvement. Le prélèvement est donc bien une opération de partage.

On peut critiquer ces arguments. Le prélèvement n'est nullement un préliminaire obligé du partage. On peut très bien concevoir que l'époux qui a des reprises à exercer veuille spécialement prélever un bien et quant à ce bien faire cesser l'indivision. Par exemple, au cas où la femme survivante est en face d'enfants mineurs, la femme prélève un fonds de commerce. L'indivision continuera pour les autres biens de la communauté. Ces deux actes : le prélèvement et le partage, ne sont nullement inséparables l'un de l'autre. Il n'y a aucune nécessité juridique à ce qu'ils soient agrégés

l'un à l'autre, dans un seul et même règlement. Les parties pourraient par exemple agir ainsi : régler tout d'abord les droits qu'elles pourraient avoir privativement sur la masse commune et convenir que le reste de l'actif ainsi déterminé restera, pendant quelques temps encore, indivis entre elles. Le règlement qui s'effectuera plus tard entre elles ne comportera plus de prélèvement. Il ne comprendra plus que le partage proprement dit. Le partage ne comprend donc pas nécessairement le règlement de tous les comptes que les copartageants peuvent avoir entre eux, puisque certains comptes particuliers, en l'espèce les prélèvements, peuvent être réglés en dehors du partage. Quant à l'analogie que l'on tente d'établir entre ce qui se passe ici, et le cas des articles 828 et suivants, il faut se rappeler que les prélèvements avant le partage de la communauté, ont lieu à titre onéreux, à la différence des prélèvements qui s'effectuent au cas de partage de succession.

Dire que le prélèvement est une opération de partage parce que les textes qui le régissent sont placés par le Code Civil sous la rubrique du partage de l'actif, c'est tirer une conclusion excessive. En réalité, il est naturel que la loi s'occupe à propos du partage de la communauté d'un acte qui en forme le plus souvent le préliminaire et qui en tout cas est nécessaire dans la majorité des cas à préciser la composition exacte de la masse sur laquelle portera le partage.

On peut parfaitement concevoir que le règlement des comptes entre époux, se borne à un simple prélèvement. Prenons un cas pratique très simple : celui

d'un jeune ménage, ou le mari meurt prématurément. Le mari a apporté 100.000 fr. La femme a eu une dot de 100.000 fr. également. Il y a dans la communauté un fonds de commerce que la femme prélève en paiement de ses reprises. Lorsque les héritiers du mari auront été payés des reprises de celui-ci, il ne restera rien dans la communauté, il n'y aura lieu à aucun partage. Il y aura eu prélèvement, sans qu'on ait vu apparaître l'opération de partage.

On peut faire encore à ce sujet une autre remarque. On ne peut souder le prélèvement et le partage qu'au cas où le partage a lieu à l'amiable, sans tirage au sort des lots. Lorsque le partage a lieu de cette dernière façon, les lots devant être égaux, on doit effectuer le prélèvement avant le partage dans une opération qui alors est bien distincte du partage et qui ne peut à aucun titre être assimilée à une opération de partage.

Prenons un autre cas. La femme prélève, le mari ne dit rien, ne s'oppose en aucune manière au prélèvement. Il y a alors une sorte de saisie dispensée de formalité. L'élément synallagmatique n'apparaît pas, puisque dans ce cas l'autre époux n'intervient pas. Il ne pourrait d'ailleurs s'opposer au prélèvement qu'en payant (voir plus loin chap. V 6t) la moitié du montant de la reprise. S'il ne le peut pas et que, contre sa volonté, le prélèvement s'opère, celui-ci revêt un caractère unilatéral; or le partage est synallagmatique.

Il y a intérêt, malgré la jurisprudence actuelle, à différencier le prélèvement d'une opération de partage, car il peut être apporté à la thèse exposée des précisions

et des limitations, et de toute façon, il est intéressant de connaître la valeur exacte des arguments invoqués par la jurisprudence pour soutenir sa thèse.

A l'heure actuelle, la jurisprudence ne fait aucune distinction dans l'assimilation qu'elle a établie entre le prélèvement et une opération de partage¹.

La Cour d'Agen² a fait cette assimilation dans une hypothèse particulière où le prélèvement des reprises avait absorbé tout l'actif de la communauté. Y avait-il opération de partage ? Non ! au sens étymologique, partager c'est faire des parts, des lots et l'opération de partage est l'acte qui aboutit ou qui tend à aboutir, à régler l'attribution de ces parts dans des proportions, égales ou non, suivant les droits de chacun des ayants-droit. Pouvait-on dire qu'il y avait opération de partage, puisque l'un des prétendus copartageants prenait tout. Mais la Cour d'Agen ne s'est pas arrêtée à cette objection. Et elle a dit : au point de vue juridique : partager c'est substituer, à une propriété indivise, une propriété divise. Le partage est constitué par l'ensemble des opérations qui doivent amener ce résultat final. Ainsi, dans les cas habituels, le partage de la communauté, est un ensemble qui comprend une série d'opérations : notamment les prélèvements, la composition et la

1. Les principaux arrêts dans lesquels cette question a été discutée sont les suivants : affaire Auzouy, Trib. Seine et Paris, 4 mars 1874, S. 1874.2.167, D. 1875.2.19; affaire Godefroy contre Vergne Bourges, 13 juin 1877, sous Civ., 21 juillet 1880, S. 1881.1.151, D. 1880.1.441, sur renvoi Orléans, 12 août 1881 et Civ., 13 août 1883, S. 1884.1.289, D. 1884.1.49; Poitiers, 21 mai 1884, S. 1886.2.89 (note Esmein), D. 1884.2.196. Nous citons ces arrêts déjà un peu anciens car c'est à leur sujet que la jurisprudence s'est précisée et qu'ont eu lieu les discussions doctrinales. La solution est la même pour les prélèvements en matière de succession. Req., 18 avril 1899, S. 1899.1.321.

2. Agen 20 janvier 1896, D. 1898. 9, note de Loynes.

répartition des lots. Ce qu'il importe avant tout d'examiner, pour caractériser l'acte juridique en question, ce n'est pas si les actes matériels qui ont pour objet habituellement de réaliser le partage ont été accomplis, mais de considérer le résultat final de l'opération. Ce résultat c'est la cessation de l'indivision. S'il est consommé par la première des opérations dont l'ensemble l'amène d'ordinaire, alors peu importe qu'il n'y ait point matériellement un partage. Il y a cessation de l'indivision, et l'opération envisagée doit avoir les effets juridiques d'un partage.

L'annotateur M. de Loynes ne critique pas la solution qu'il estime désirable, mais les motifs de l'arrêt. Pour déterminer le caractère de l'acte, dit-il, l'arrêt s'attache uniquement à son résultat : « Tout acte qui met fin à l'indivision est un partage. » Peu importe. On arrive au même résultat qui dans l'espèce était l'application de la rescision pour lésion au prélèvement, sans dire que l'acte juridique en question est un partage. L'article 888 qui pose le principe de la rescision pour lésion en cette manière est ainsi conçu : « tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision... » Si le prélèvement fait cesser l'indivision... ce qui avait lieu dans l'espèce... il sera rescindable pour cause de lésion (et l'on peut dire aussi qu'il aura l'effet déclaratif etc...), sans que l'on s'attache au point de savoir s'il est ou non une opération de partage.

La jurisprudence a tiré de la qualité de copartageant reconnue à l'époux prélevant les conséquences suivantes, que nous développerons dans un chapitre spécial (chap. VI)

1. L'effet déclaratif du partage s'applique au prélèvement.

2. Le prélèvement (lorsqu'il porte sur un immeuble) n'est pas soumis à la formalité de la transcription.

3. La rescision pour lésions s'applique au prélèvement

4. Lorsque le partage et le prélèvement sont faits dans un seul et même acte, la nullité du partage entraîne la nullité du prélèvement.

5. Le prélèvement ne donne pas ouverture aux droits proportionnels de mutation, mais au droit de partage.

Conclusion de ce chapitre

Nous avons vu successivement que le prélèvement était considéré à certains points de vue comme le mode de paiement d'une créance, à d'autres points de vue, comme une opération de partage¹. Il nous reste à voir, quelles seront les réactions de ces deux qualités l'une sur l'autre. Dans tel ou tel cas, fera-t-on prévaloir l'une ou l'autre de ces qualités? Comme il est impossible de les concilier, la question ne peut se résoudre, comme le dit M. Bartin, « que par le sacrifice de l'une ou de l'autre, ou le sacrifice des conséquences de l'une ou de l'autre. » Mais en vertu de quel principe fera-t-on pencher la balance d'un côté ou de l'autre? C'est ce qu'il est impossible de prévoir logiquement. Et, à cela, il y a une raison pratique. Le système des prélèvements n'est pas un tout cohérent. Il est dominé par « deux concep-

1. Aubry et Rau, § 511, note 33 *quater*. M. Bartin dit dation en paiement et opération divisoire.

tions manifestement opposées », comme le dit l'auteur que nous venons de citer. Les conséquences d'un des systèmes, exclusives des conséquences de l'autre, sont adoptées par des raisons pratiques.

Il faut ici se rappeler que ce qui importe avant tout dans une question de droit, ce n'est pas de poser des principes inflexibles, d'où l'on ferait découler des conséquences peut-être pratiquement mauvaises; mais de satisfaire dans la plus large mesure possible aux besoins de la pratique. Ce qu'il faut désirer, c'est un ensemble de solutions peut-être peu coordonnées et dans une certaine mesure contradictoires (ce que nous verrons mieux par la suite) mais s'adaptant aux nécessités pratiques. Sans doute, la contradiction des principes fera surgir des procès, mais, étant données les conditions dans lesquelles le système des prélèvements s'est développé et existe actuellement, il était impossible qu'il en fût autrement.

CHAPITRE V

CONSEQUENCES DE LA QUALITE DE CREANCIER

Nous avons vu dans le chapitre précédent que le prélèvement était fait par l'époux, tout au moins pour partie en vertu de sa qualité de créancier; et nous avons annoncé des développements sur les conséquences de cette qualité. Nous les traiterons sous les différents chefs suivants :

1. Défaut de privilège de la femme pour le paiement de ses reprises ;
2. Paiement de la femme en concours avec les créanciers;
3. Caractère mobilier du droit aux reprises;
4. Répartition de la dette des reprises;
5. Impossibilité d'une application hypothécaire;
6. Caractère facultatif du prélèvement.

1. La première conséquence de la qualité de créancier reconnue à l'époux est que la femme n'a aucun privilège sur les biens de la communauté pour le paiement de ses reprises. C'est dans ce dessein que la Cour de Cassation a adopté la théorie qui fait de l'époux agissant en

reprises un créancier. Nous avons vu ce point déjà. La femme ne sera donc point payée avant les créanciers¹.

2. Mais un autre point a été discuté par certains auteurs². La femme viendra-t-elle en concours avec les autres créanciers ou ne sera-t-elle payée qu'après eux ? Les auteurs cités ont raisonné ainsi : La femme prélève des biens en nature. Les créanciers eux ne peuvent être payés — ou plutôt n'ont le droit d'être payés — qu'en argent. La femme et les créanciers ne peuvent donc pas être payés en même temps. La femme sera donc payée ou avant les créanciers ou après eux. L'arrêt Moinet dit que ce n'est pas avant, donc ce sera après.

On fait aussi une comparaison entre les articles 1470 et suivants et les articles 829 et 830. Dans le deuxième cas, les prélèvements ne peuvent se faire que sur l'actif net. Il doit en être de même dans le premier. Un copartageant ne peut exercer ses droits que sur la masse des biens et d'autre part il n'y a de biens qu'après le paiement des dettes. Il n'y a de masse partageable que lorsque les créanciers de cette masse ont été satisfaits.

Cette conclusion est excessive. Nous avons vu plus haut que les prélèvements des articles 1470 al. 2 et ceux des articles 829 et 830 sont de nature différente³. La femme qui exerce ses reprises, à la différence du cohéritier, a versé une somme dans la masse à partager. La

1. Planiol, t. III, 1278 *bis*; Colin et Capitant, t. III, p. 197. Pour la combinaison de cette solution avec la clause de reprise d'apport franc et quitte, voir Rouen, 17 juin 1869, D. 1869.2.215.

2. Demolombe, *Cours de Code civil*, t. IX, n. 365 *ter*; Folleville, article cité, chap. IX.

3. Voir note 1 page suivante.

femme a un titre analogue à celui des créanciers. Comme aucun texte ne déroge à son détriment au droit commun on doit s'en tenir aux principes généraux¹.

3. Le droit aux reprises est-il un droit mobilier, quel que soit la nature du bien que reçoit l'époux, ou est-ce un droit tantôt mobilier, tantôt immobilier, suivant que l'époux reçoit des meubles ou des immeubles ? Cela est important aux deux points de vue déjà signalés plus haut (page 80).

Si les prélèvements étaient faits à titre de proprié-

1. Voir à ce sujet Guillouard, t. II, n° 924 et 925; de Folleville, *Traité du contrat pécuniaire de mariage*, t. I, n° 492 bis et suiv. Levé, *Revue critique*, 1870, p. 257 et suiv. Ce dernier auteur examine les rapports de cette question avec l'intérêt que la femme peut avoir à renoncer.

Ce droit d'être payée en concours avec les créanciers est le plus souvent conforme à l'intérêt de la femme, mais il est cependant un cas délicat : c'est celui où la femme n'a pas fait inventaire. Dans ce cas elle aurait intérêt à ne prélever ses reprises que sur l'actif net. Voir à ce sujet Besançon, 17 janvier 1883, S. 1884.2.45. Nous sommes ici au point de contact de deux théories : celle des prélèvements et celle de la contribution aux dettes. La femme proposait le système suivant : de l'actif brut de la communauté, il aurait fallu d'après elle déduire d'abord le montant des dettes puis celui des reprises, les reprises pouvant dans l'espèce être recouvrées sur les biens du mari. La cour de Besançon a adopté un autre système. De l'actif brut, on doit d'abord déduire les reprises, ce qui détermine l'émolument de chaque époux, après quoi celui-ci se trouve tenu de la moitié des dettes, sauf à la femme à invoquer le bénéfice d'émolument, ce que dans l'espèce elle ne pouvait faire à cause du défaut d'inventaire. D'après cet arrêt, la dette des reprises est sans doute une dette tout à fait spéciale, à laquelle ne s'applique pas l'article 1483 — c'est-à-dire que, pour ce qui est de la dette des reprises du mari, qu'elle ne peut être au cas d'inventaire de la femme poursuivie sur les biens personnels de celle-ci — mais à laquelle s'applique l'article 1470. Malgré sa particularité, cette dette doit être mise sur le même plan que les sommes dues par la communauté aux créanciers communs, au point de vue du règlement des dettes. L'arrêt dit que la communauté, étant simple détentrice des reprises, celles-ci doivent être retirées avant toutes choses. Cette solution est juste. L'article 1470 établit un certain ordre pour les opérations de liquidation de la communauté. Cet ordre doit être suivi, c'est-à-dire qu'après la reprise des propres, il y a lieu d'exercer le prélèvement des reprises. L'article 1483 ne s'applique que si la femme a fait un bon et fidèle inventaire. La femme qui n'a pas su conserver son bénéfice d'émolument ne peut, pour échapper aux conséquences de sa négligence, rendre plus lourde la charge des dettes communes qui pèse sur le mari. La solution de l'arrêt est à approuver.

taire la deuxième solution devrait l'emporter. L'objet prélevé étant soit un meuble soit un immeuble, il faudrait dire que l'action est mobilière, si l'époux prélève un meuble, en vertu de l'adage; — « *actio enim ad mobile censetur mobilis* » — et immobilière dans le cas contraire. Mais cette solution étant écartée que faut-il décider ?

La jurisprudence est en faveur du caractère mobilier de l'action en reprises. Elle s'est décidée pour une raison pratique, le système contraire amenant trop d'incertitudes. On a invoqué aussi l'argument historique. Mais le principal argument est le suivant: ce qui est dû avant tout à l'époux créancier de reprises, c'est une somme d'argent. Ce droit principal est assorti d'un droit utile et simplificateur : le droit de prélèvement. Mais ce dernier n'est que l'accessoire du droit principal. L'époux a droit avant tout à une somme d'argent. Le droit à une somme d'argent est essentiellement mobilier.

On peut citer à ce sujet le rapport du conseiller Laborie dans l'affaire qui a abouti à l'arrêt précité du 13 décembre 1864.

« De ce principe proclamé par l'arrêt solennel du 16 janvier 1858 que l'action en reprises est essentiellement mobilière, il suit qu'elle ne revêt point rétroactivement un caractère immobilier par l'attribution ou le prélèvement d'immeubles de communauté en paiement de cette créance. Ce n'est donc point par la nature des objets prélevés que se déterminera la nature de l'action en reprises. La créance, objet de cette action, reste

toujours un droit mobilier ». Et voici ce que dit un arrêt de Caen¹.

« Quelque soit le mode de paiement (des reprises des époux) il ne constitue que l'acquit d'une dette et le moyen employé pour l'éteindre n'en change point la nature... l'attribution d'immeubles laisse subsister le caractère de la créance primitive qui était essentiellement mobilière ». Dans cette espèce, la Cour de Caen tirait des principes posés la conclusion suivante : la femme était donatrice du mobilier de son mari. La Cour décida que la donation comprenait le droit aux reprises.

Cette nature immobilière a encore été affirmée récemment par la Cour de Cassation (Civ. 19 janvier 1925 précité) « attendu que le droit qui appartient à la femme commune en biens de reprendre lors de la dissolution de la communauté le montant des valeurs mobilières qu'elles y a versées... est un droit mobilier comme la créance dont elle dérive² ».

4. Répartition de la dette des reprises.

Supposons que la communauté se soit dissoute par la mort de l'un des époux et que celui-ci laisse à la fois un légataire aux meubles et un légataire aux immeubles. L'époux survivant prélève des meubles par exemple. Le légataire des meubles, qui supporte momentanément toute la charge des reprises, va-t-il supporter cette charge sans aucun recours ou la dette va-t-elle se

1. Caen, 27 juin 1861, S. 1862.2.70.

2. Voir à ce sujet les arrêts suivants : Angers, 15 avril 1860, S. 1860 2. 294. Trib. de Marmande, 27 mai 1905, D. 1906.2.414; Civ., 19 janvier précité; Planiol, III, 1269; Nast, t. II, n° 836; en sens contraire : de Folleville, art. cité chap.IV. Comparer chap. XI, 3^e question étudiée.

répartir entre les deux légataires proportionnellement aux biens qu'ils recueillent ? La reprise, étant une charge de la communauté, doit se répartir par contribution entre les deux légataires et celui qui aura payé au delà de sa part contributive aura un recours contre l'autre. (comparer art. 1482 et 1521). Cela a été décidé notamment par un arrêt de Paris : « attendu que les dettes étant une charge de tous les biens doivent se répartir proportionnellement entre les ayants droit à titre universel¹ ». En effet, si l'on s'en tenait uniquement à l'ordre des prélèvements² établi par l'article 1471, sans faire plus tard une répartition de la dette des reprises, l'effet de la donation (donation faite souvent au profit de l'époux survivant par contrat de mariage) — ou du legs serait détruit ou tout au moins amoindri et cela n'a pas pu entrer dans l'intention de celui qui a fait la libéralité.

5. Impossibilité d'une application hypothécaire. La Chambre Civile a encore tiré une autre conséquence de la qualité de créancier reconnue à l'époux³. Nous emprunterons le commentaire de cet arrêt rendu dans une espèce complexe à M. Nast qui l'a analysé dans une note au Dalloz : « Après la mort de son mari, une femme commune en biens avait hypothéqué ses droits indivis dans

1. Paris, 18 août 1859, S. 1863.2.211; Civ., 15 mai 1872, S. 1872.1.313, note Labbé; Amiens, 18 février 1887, S. 1887.2.185. *Contra* Agen, 17 avril 1868, S. 1868.2.4. Comparer Cothenet, p. 163. Aubry et Rau § 511, p. 158, note 15; Guillouard, t. II, n° 976; Nast, t. II, n° 836-3°.

2. *Infra* chap. VII, sect. 3, 2°.

3. Civ., 19 janvier 1925, S. 1926.1.38, D. 1925.1.105 (note Nast); *Revue trimestrielle de droit civil*, 1925, analyse de l'arrêt par M. Gaudemet, p. 342; Nast, t. II, n° 836-4°; *Revue critique*, 1926, p. 588; Planiol, III, n° 1278 bis.

les immeubles de la communauté non encore liquidée » — en partie ou en totalité pour le cas où elle en deviendrait propriétaire — » ; puis elle avait cédé ses reprises à une autre personne qu'elle avait en même temps subrogé dans son hypothèque légale et qui n'ayant pris inscription que plus d'un an après la dissolution du mariage ne pouvait prendre rang qu'à la date de l'inscription (loi du 23 mars 1855 art. 8) c'est-à-dire après le créancier hypothécaire. Les immeubles communs ayant été saisis par la suite et un reliquat étant disponible sur le prix d'adjudication après paiement des créanciers communs, le juge commissaire avait attribué à la femme sur ce reliquat une somme représentative de sa part d'acquêts et une autre somme représentative de ses reprises, puis il avait colloqué à son rang hypothécaire le créancier de la femme sur l'ensemble de ces deux sommes. Ce règlement ayant été contesté par le cessionnaire des reprises, la Cour d'appel l'avait réformé et avait fait une distinction : pour les sommes attribuées à titre de part dans les acquêts, elle avait homologué le règlement ; mais pour les sommes attribuées à titre de reprises, elle avait colloqué le cessionnaire avant le créancier hypothécaire pour le motif que les reprises ayant le caractère de meubles n'étaient pas susceptibles d'hypothèques. Cette décision ayant été frappée de pourvoi par le créancier hypothécaire qui invoquait le caractère déclaratif des prélèvements et l'arrêt de CIV.6 décembre 1910 précité pour prétendre que le règlement devait se faire d'après l'ordre des inscriptions, la Cour de Cassation a maintenu la décision de l'arrêt attaqué. » C'était là appliquer

justement la théorie des prélèvements telle que nous avons essayé de la construire.

6. Caractère facultatif du prélèvement.

Une des principales conséquences de la qualité de créancier attribuée à l'époux qui agit en paiement de ses reprises a été dégagée par la jurisprudence à propos de la question suivante : le prélèvement est-il facultatif ou obligatoire ?

Nous allons retrouver ici encore l'antagonisme entre les partisans de la thèse des reprises exercées à titre de propriétaire et les partisans de la thèse qui considère les reprises comme des créances pures et simples.

Il faut d'abord écarter le cas où les parties majeures et maîtresses de leurs droits sont d'accord pour ne pas employer ce mode de règlement. Le prélèvement n'est pas d'ordre public.

Nous avons vu d'autre part que le prélèvement n'a pas besoin pour être exercé de l'accord des deux parties en cause. S'il en était ainsi, en effet, il se réduirait à une simple dation en paiement.

La question à étudier est double. Dire que le prélèvement est facultatif peut signifier deux choses¹.

1. Ou qu'il est facultatif pour celui qui a le droit de l'exercer;

2. Il peut être facultatif aussi dans ce sens que l'époux contre lequel on veut exercer le prélèvement aura le droit d'arrêter la demande de son adversaire en lui payant la reprise en argent.

1. Comparer Laurent, t. XXII, n° 512.

Examinons tout d'abord le premier point. L'époux, qui dans des conditions normales prélève, est-il tenu de le faire ? L'article 1471 est-il obligatoire pour l'époux créancier de reprises ?

Pour dire que le prélèvement est obligatoire, on se base sur les arguments suivants : 1) sur des arguments de bon sens ; 2) sur des raisons de texte.

1. Si le prélèvement n'était pas obligatoire, il serait sans but. Il se réduirait à un conseil donné par le législateur, conseil parfaitement inutile et dangereux, parce que l'existence d'un mode de règlement spécial pousse à croire que ce mode est institué par la loi pour déroger aux règles ordinaires. L'article 1471 est donc impératif.

2. Personne ne conteste que l'art. 1471 soit impératif lorsqu'il règle l'ordre des prélèvements. Il l'est aussi, quand il dit, qu'en principe, les reprises seront exercées au moyen de prélèvement en nature. D'autre part l'art. 1471 est inséré dans un texte spécial au partage de la communauté. Il fait corps avec un ensemble de règles spéciales. Il y a lieu d'appliquer l'adage « *specialia generalibus derogant* ».

Le mari n'est tenu de la dette des reprises de la femme que d'une façon subsidiaire. Cela prouve que l'on doit tout d'abord épuiser la masse commune au moyen de prélèvements.

D'autre part, le système du prélèvement obligatoire peut seul s'accorder avec les raisons dont on se sert habituellement pour le justifier. Si le prélèvement est facultatif, il ne permettra point à l'époux de conserver les biens meubles ou immeubles auxquels il

tient. On sera obligé de vendre les biens de la communauté pour payer l'époux qui refuse d'exercer le prélèvement d'où frais, complications, lenteurs. Le prélèvement est plus qu'une faveur pour l'époux qui prélève. Il l'est aussi dans une certaine mesure pour l'autre époux puisqu'il épargne des frais : frais de vente ou autres.

Qu'on ne dise point que le système du prélèvement obligatoire serait désavantageux pour l'époux qui serait obligé de prélever. Les biens qu'il serait obligé de prendre lui seraient attribués, les meubles pour leur valeur vénale — les meubles meublants souvent pour une valeur très faible —, les valeurs de bourse à un prix déterminé nullement lésif pour lui. Ces titres qui entrent actuellement pour une partie si importante dans la composition des fortunes, sont facilement négociables et d'une valeur pécuniaire certaine. Quant aux immeubles, les baux, les polices d'assurance ou les évaluations fiscales en donneront une estimation souvent du reste inférieure à la réalité. On dit aussi que le partage de la communauté devant d'après l'art. 1476 suivre les règles du partage des successions, l'art. 1471 n'est que le corollaire de l'art. 830 et sa disposition est impérative.

Ces raisons, sauf cette dernière, sont assez fortes; cependant la jurisprudence est contraire. Les auteurs (voir la liste un peu plus loin) ont reproché au prélèvement obligatoire ses dangers. La femme et le mari seraient obligés de prélever des meubles périssables, utiles, des immeubles parfois improductifs, dont

l'entretien et l'administration constitueraient une charge pour eux. L'estimation qui en serait donnée ne serait jamais qu'approximative. On ajoute, ce qui est assez difficilement conciliable avec l'argument déjà proposé, que l'époux prélevant prendrait ce qu'il y a de mieux dans l'actif et qu'il faut conserver à l'autre époux ses chances au dit bien.

Le prélèvement, ajoute-t-on, n'est qu'une faveur pour l'époux qui ne peut être rétorquée contre lui. Si le prélèvement était obligatoire, celui qui devrait le subir susciterait mille difficultés sur la valeur des biens attribués. Le prélèvement, au lieu de simplifier, compliquerait. Si le prélèvement était obligatoire on arriverait à imposer dans certains cas un remploi non accepté. Supposons en effet que la vente d'un propre de la femme ait eu lieu et que l'acquisition d'un nouveau bien ait été faite sans que les conditions du remploi soient remplies. A la dissolution de la communauté ce bien se trouve seul dans la masse commune. Si le prélèvement était obligatoire, le mari arriverait à faire accepter à sa femme en remploi un bien dont elle n'a pas voulu avant la dissolution de la communauté.

Mais l'argument essentiel dans le débat, et celui qui a convaincu la jurisprudence, est celui-ci : un créancier peut toujours demander son paiement en argent. D'après la jurisprudence, l'époux quand il agit en paiement de ses reprises est avant tout un créancier. Le prélèvement bien qu'exercé en partie en vertu de la qualité de copartageant n'est qu'un droit accessoire, qui ne change pas la nature de la créance. L'époux créancier a donc

ce droit qu'a tout créancier et dont aucun texte ne le prive : celui de demander la vente des biens de communauté pour se payer.

Examinons maintenant la question sous l'autre face. Le prélèvement est-il obligatoire ou facultatif pour celui contre lequel on veut prélever ? MM. Aubry et Rau raisonnent ainsi¹. Parlant de la jurisprudence qui admet que le prélèvement est facultatif pour celui qui peut l'exercer, ils disent que réciproquement il doit l'être aussi pour celui contre lequel on veut l'invoquer. Mais il n'y a en réalité aucune corrélation entre les deux questions.

La loi a pu vouloir faire du prélèvement un avantage pour respecter l'intérêt d'affection que l'époux porte à un bien. La question étudiée ici est double :

A) L'adversaire de celui qui veut prélever a-t-il le droit de demander la mise en vente des biens de la communauté pour empêcher l'époux qui veut prélever d'exercer le prélèvement². Non, cela ne se comprendrait pas : il y aurait des frais inutiles de réalisation du mobilier, des frais plus grands encore pour la vente des immeubles, frais dont la loi a voulu épargner la charge aux époux. De plus le choix des immeubles déferé à la femme est exclusif de la nécessité de les vendre. Dire que dans ce cas le prélèvement ne peut être effectué serait dire qu'il ne peut être exercé que du commun accord des parties, ce qui n'est pas vrai.

1. Aubry et Rau, t. VIII, § 511, p. 162.

2. Comparer art. 826. Cet article ne s'applique pas ici. Là où il n'y a que deux copartageants, il ne peut y avoir de majorité. Voir aussi Nast, t. II, n° 802.

B) L'adversaire de celui qui veut prélever peut-il écarter cette demande en payant la moitié du montant de la reprise ?

La réponse doit ici au contraire être affirmative. Ce qui est dû à l'époux, c'est avant tout une somme d'argent. L'époux à qui l'on offre son paiement ne peut le refuser.

On peut remarquer ici que sous le régime de la communauté légale comme il ne peut y avoir de l'argent liquide que dans la communauté et que par hypothèse il n'y en a plus, puisque les prélèvements auraient du d'abord porter sur lui, l'autre époux devra avoir recours à un prêt ou à une vente de propres, ce qui est beaucoup plus compliqué que le prélèvement.

Ces arguments ont convaincu la jurisprudence qui est toute entière dans ce sens sauf un arrêt de Paris qui a été cassé¹.

L'époux a donc le droit d'arrêter la demande de prélèvement de l'autre époux en lui payant « le montant de ce qui lui revient ». Que représentent ces mots ? Ce qui doit être offert à l'époux, ce n'est pas le montant intégral de la reprise, mais seulement la moitié. L'autre moitié s'éteint par confusion. Si l'époux contre qui l'époux créancier veut exercer le

1. Voir Req., 2 juin 1862, D. 1862.1.420, S. 1862.1.829; Civ., 13 décembre 1864, D. 1865.1.17, S. 1865.1.89. *contra* Paris, 24 juillet 1869 D. 1870.2.25, S. 1870.2.45, cassé par Civ., 6 juillet 1870, D. 1871.1.116, S. 1870.1.348. Consulter Planiol, III, n° 1271; Laurent, t. XXII, n° 511; Colin et Capitant, t. 3 p. 198. Guillouard, t. 2 n° 1132, Ragouet, p. 157 et Nast, t. 2, n° 831. Aubry et Rau, t. 8 § 511 texte et note 25, *contra* Championnière et Rigault. Traité des droits d'enregistrement IV 2879 et 2880, Esmein art. cité p. 97.

prélèvement offrait à ce dernier la totalité du montant de sa reprise, il deviendrait à son tour créancier de la masse commune pour la moitié de la reprise. Supposons que l'actif de la communauté s'élève à 100.000 fr. Un époux a une reprise de 40.000 fr. à exercer. Les héritiers de l'autre époux doivent lui verser une somme de 20.000 fr. L'actif net sera partagé ensuite par moitié¹.

De toute façon, un point est certain. Une option est offerte aux époux qui est celle-ci : l'époux créancier prélèvera ou recevra son paiement en espèces de l'autre époux².

Si l'époux a fait une option et que cette option ait été acceptée, cette option est irrévocable. La Cour de Caen a fait dériver celle-ci du fait que la femme à la dissolution de la communauté avait conservé tout le mobilier en sa possession et a déclaré que la femme

1. Procédé du paiement de la moitié de la reprise

L'époux créancier reçoit moitié de la reprise $40.000/2$	20.000
Part dans l'actif : $100.000/2$	50.000
	70.000
L'autre époux reçoit :	
Part dans l'actif.....	50.000
dont il faut déduire les 20.000 qu'il a déboursés, donc.....	30.000

Procédé du prélèvement

L'époux créancier prélève.....	40.000
auxquels il faut ajouter sa part dans l'actif $60.000/2$	30.000
	70.000
L'autre époux reçoit aussi $60.000/2$	30.000

2. Voir Nast, t. II, n° 831.

était censée dans ces conditions avoir prélevé le mobilier en paiement de ses reprises¹.

En résumé, le prélèvement n'est obligatoire que sur un point : le conjoint de l'époux qui veut prélever ne peut écarter la demande de prélèvement en proposant la mise en vente des biens de la communauté. Mais le prélèvement est facultatif sur les deux autres points : l'adversaire de celui qui veut prélever peut écarter cette demande en payant la moitié de la dette des reprises. Le prélèvement devient alors sans objet, faute de créance qui en soit la cause. D'autre part, l'époux à qui des reprises sont dues n'est jamais obligé d'employer le procédé du prélèvement.

C'est là réduire le prélèvement à bien peu de chose. Il paraîtrait préférable de décider que le prélèvement étant le mode normal de règlement institué par la loi pour la liquidation des reprises, il doive avoir la plus large application pratique possible. Sans doute, dans

1. Caen, 19 novembre 1870, S. 1871.2.163. C'est le principe de l'irrévocabilité des options. (Comparer art. 1455 et 790.) Cependant la situation n'est tout à fait la même qu'au cas d'option. Celle-ci dans le cas qui nous occupe n'a pas à proprement parler à être acceptée. Tout ce que peut faire l'adversaire de l'époux qui prélève, c'est dire : « le bien prélevé ayant une valeur de tant, votre reprise s'élevant à la somme de tant, je constate que votre prélèvement est régulier ». L'adversaire n'a pas à accepter un choix que s'il est exercé dans les conditions des articles 1471 et suivants, il ne peut empêcher. Pareillement un locataire n'a pas davantage à accepter le congé que lui envoie son propriétaire. Ce dernier l'exige parfois mais à tort. Tout ce que peut faire le locataire, c'est dire : « votre congé est signifié dans les délais prévus au contrat de bail, suivant les formes prescrites par ce dernier. Votre congé est régulier. » Mais il n'y a pas acceptation du congé.

La situation étudiée ici ressemble beaucoup à celle-là. Quand un époux créancier de reprise prélève tel bien, son adversaire n'accepte pas à proprement parler l'option que fait l'époux. Il reconnaît simplement que l'époux a choisi le prélèvement en nature et que ce choix s'est exercé dans des conditions régulières.

la réalité des faits il sera le plus souvent utilisé pour éviter de doubles frais : ceux de la vente des biens de la communauté, ceux de l'achat de biens nouveaux qui, au cas d'opérations portant sur des immeubles, seraient extrêmement élevés. Il sera utilisé souvent par l'époux survivant qui tient à conserver le mobilier du ménage ou le fonds de commerce qui procure des ressources à ce dernier. On peut cependant regretter que le prélèvement ne soit pour la jurisprudence qu'une faculté, mais cela n'ôte point à l'étude du prélèvement son intérêt, car malgré son caractère facultatif il n'en sera pas moins utilisé dans le plus grand nombre des hypothèses pratiques.

CHAPITRE VI

CONSÉQUENCES DE LA QUALITÉ DE COPARTAGEANT

Nous venons de voir les caractères qu'imprime au prélèvement le fait qu'il constitue le règlement d'une créance. Il nous faut maintenant envisager l'autre côté de la question en étudiant les conséquences du fait que le prélèvement est assimilé par la jurisprudence à une opération de partage. Après l'exposé ou le rappel des principes qui dominent ce point de vue, nous examinerons successivement les points suivants : effet déclaratif du prélèvement, transcription, lésion et quelques autres conséquences moins importantes.

Etudions tout d'abord l'

Effet déclaratif du prélèvement

L'art. 1476 déclare applicable au partage de la communauté les règles du partage des successions¹. En

1. L'article 1476 C. C. ne renvoie pas pour ces partages (ceux d'une communauté) à toutes les règles applicables au titre des successions pour les partages entre cohéritiers mais seulement à celles de ces règles qui concernent les effets du partage, la garantie qui en résulte et les soultes. (En particulier) l'article 882 ne se rattache à aucun de ces ordres d'idées. Lyon-Caen, note au S. 1895.1.385.

Sur toutes ces questions, consulter Aubry et Rau, t. VIII, § 519, note 18; Laurent, t. XX, n° 462; Guillouard, t. III, n° 1336; Baudry, t. II, n° 328; Civ., 7 février 1892, S. 1894.1.417, note Wahl.

conséquence, l'effet déclaratif du partage des successions s'applique au partage d'une communauté. Comme la jurisprudence assimile le prélèvement à une opération de partage, l'effet déclaratif du partage s'applique au prélèvement.

Rappelons tout d'abord en quoi consiste l'effet déclaratif du partage, quelle est sa définition et quels sont ses intérêts pratiques. Il est prévu par l'art. 883 C.C. qui est ainsi conçu : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession ». Les effets principaux de cet article sont les suivants¹ : « les actes de disposition faits par les cohéritiers pendant l'indivision sont valables s'ils ont porté sur les biens qui leur sont attribués plus tard dans le partage. Ils seront nuls, s'ils ont eu pour objet des biens mis dans le lot d'un autre parce qu'ils sont réputés avoir été faits par un non-propriétaire ».

Les principales conséquences de l'effet déclaratif sont les suivantes :

Résolution des hypothèques (conventionnelles, légales ou judiciaires, qui ont pu grever l'immeuble du chef des autres copartageants;

Application de la même règle à toute aliénation ou constitution de droits réels;

Dispense de transcription et de droit de mutation.

L'effet déclaratif remonte quant à ses effets au jour où

1. Planiol, t. III, n° 2368; Nast, t. II, n° 840, al. 1 et n° 839.

l'indivision a commencé. Il en est de même au cas de partage de communauté. Comme celle-ci n'a pas la personnalité morale, ce jour ne sera point celui de la dissolution, mais le jour antérieur où le bien est entré dans la masse commune¹. L'effet déclaratif remontera donc théoriquement jusqu'à ce jour. Cette remarque n'a pas une très grande importance². En effet quelque soit le jour auquel on fait remonter l'indivision, il demeurera toujours que du jour où le bien est entré dans l'indivision (jour qui sera rarement le jour du mariage puisqu'il s'agit d'immeubles ou jour postérieur) jusqu'au jour de la dissolution de la communauté, le mari a eu sur celle-ci les pouvoirs très larges que lui donnent l'art. 1421 et suivants. Les actes faits en vertu de ces pouvoirs continueront à produire leurs effets, qu'ils portent aliénation partielle ou totale. De plus, la femme étant incapable pendant toute la durée de la communauté³ n'a pu sauf des cas très exceptionnels prévus par l'art. 1427 C. C. grever les biens dont il s'agit de charges quelconques. En pratique, tout se passera comme au cas de succession et pratiquement l'on peut raisonner comme si l'indivision remontait au jour de la dissolution de la communauté⁴⁻⁵.

1. Voir à ce sujet Civ., 28 décembre 1886, S. 1886.1.213.

2. Planiol lieu cité.

3. Au cas où les prélèvements portent sur les biens réservés de la femme, ces biens seront grevés des droits nés de son chef, loi du 13 juillet 1907, art. 5.

4. Voir cependant l'arrêt cité à la note 1 de Civ., 28 décembre 1886.

5. La question de savoir si l'effet déclaratif n'est produit que par un acte qui fait cesser complètement l'indivision aurait ici encore théoriquement son importance car le prélèvement ne fait pas toujours cesser l'indivision ou tout au moins ne la fait pas cesser par lui seul.

Un des effets les plus importants du caractère déclaratif et non translatif du partage est de dispenser les copartageants du paiement des droits de mutation. Cette conséquence s'applique au prélèvement. (voir chap. X).

L'effet déclaratif du prélèvement est énoncé par la Cour de Cassation dans un de ses derniers arrêts sur la question¹.

« Attendu que le prélèvement en nature des immeubles de la communauté effectué par la femme en vertu de l'art. 1471 doit être considéré comme se rattachant au partage et que ces immeubles lui adviennent en conséquence avec le caractère déclaratif que la loi attache à cette opération ».

Voyons les conséquences de l'effet déclaratif du prélèvement sur les hypothèques qui ont pu être constituées :

Avant la dissolution de la communauté par le mari, après la dissolution de la communauté par l'époux qui prélève, ou par l'autre époux, sur un bien qui fait plus tard l'objet d'un prélèvement.

1. Avant la dissolution de la communauté.

La femme incapable n'a pu grever un immeuble commun.

Supposons que l'immeuble soit grevé d'une hypothèque née du chef du mari. Cette hypothèque qu'il a régulièrement consentie en vertu des pouvoirs que lui donne l'alinéa 2 de l'article 1421 reste valable même au cas

1. Civ., 19 janvier 1925, S. 1926.1.38, D. 1925.1.105.

où c'est la femme qui plus tard prélève l'immeuble en question et cela bien que l'effet déclaratif fasse rétroagir la propriété de la femme à une date antérieure à la naissance de l'hypothèque¹.

Ce qui est vrai d'une hypothèque l'est aussi d'un droit de gage. Le cas s'est présenté. Un mari avait donné en nantissement un titre à un tiers, mais l'acte constatant celui-ci n'avait reçu date certaine que par la mort du mari. La femme du débiteur prétendit prélever ce titre, son droit de propriété (avant 1858 — après 1858 le raisonnement est symétrique en invoquant l'effet déclaratif) rétroagissant avant la date où l'acte, constatant le droit du créancier, avait reçu date certaine. Admettre cette prétention, c'était reconnaître aux femmes mariées un droit réel, leur donnant un droit de suite sur tous les objets mobiliers de la communauté. Cela entraînait la conséquence que tous les articles concernant les pouvoirs du mari devaient être mis à l'écart. La Cour de Dijon refusa d'admettre une telle prétention².

Ainsi le prélèvement ne peut préjudicier ni à l'acquéreur antérieur à la dissolution de la communauté, ni au créancier nanti. Il ne peut non plus préjudicier au créancier commun qui a formé une saisie. Nous verrons plus loin qu'il peut être exercé par un époux à l'encontre des tiers qui auraient acquis de l'autre époux un

1. Lyon, 16 juillet 1881, S. 1882.2.237; Aubry et Rau, t. VIII, § 511, p. 166; Nast, t. II, n° 840-3°.

2. Dijon, 18 décembre 1855, D. 1856.2.185 et Civ., 17 février 1858, S. 1858.1.365, D. 1858.1.125. L'arrêt de Dijon rendu au temps où régnait la doctrine condamnée par l'arrêt Moinet peut être encore utilisé car l'arrêt de Cassation a été rendu dans le même sens postérieurement.

bien de communauté après la dissolution de celle-ci¹.

2. Après la dissolution de la communauté.

Supposons qu'une hypothèque naisse alors du chef d'un époux sur le bien prélevé. Pour savoir si cette hypothèque est valable on applique purement et simplement les règles de l'effet déclaratif du partage. L'hypothèque sera valable, si elle est née du chef de l'époux qui prélève². Elle sera nulle si elle est née du chef de l'autre époux.

Prenons un exemple. Après la mort de son mari, la femme survivante avait prélevé un immeuble. Elle était tutrice de son enfant mineur. L'hypothèque légale de cet enfant prenait rang du jour de l'acceptation de la tutelle (art. 2135 § 1). Un créancier muni d'une hypothèque judiciaire avait inscrit cette hypothèque postérieurement à cette date. Cette hypothèque fut primée par l'hypothèque légale de l'enfant³.

D'autre part, les inscriptions prises par les créanciers de l'un des époux sur les biens de communauté dans l'intervalle de la dissolution au partage, ont effet sur les biens attribués à cet époux à titre de prélèvement ou sur la portion lui revenant dans le prix de la licitation⁴.

L'effet déclaratif a encore une autre conséquence au point de vue de l'inscription des hypothèques ou pour prendre un exemple équivalent celle de l'inscription du privilège du vendeur. Supposons que le vendeur de

1. Voir plus loin chap. VII, sect. 3 et Req., 4 novembre 1861, D. 1861.1.167.

2. Nast, t. II, n° 840-3°, p. 220.

3. Civ., 6 décembre 1910 précité.

4. Caen, 7 juin 1848, D. 1850.1.44 et Lyon, 16 juillet 1881, S. 1882.2.237.

l'immeuble n'ait pas encore inscrit son privilège au moment où le bien est prélevé. S'il y avait mutation de propriété, il serait trop tard. Mais par suite de l'effet déclaratif : « l'époux abandonnataire les prend (les immeubles) aux conditions du contrat en vertu duquel ils sont entrés dans la communauté. Ce contrat conserve ses effets vis-à-vis des tiers qui ont traité avec le mari chef de la communauté et notamment en faveur du vendeur qui pour conserver tous ses droits vis-à-vis de la femme qui les a acceptés n'a d'autres formalités à remplir que celles réglées par le contrat¹ ». L'inscription dans ce cas aurait résulté d'une transcription qui n'avait pas été faite et cela nous amène à examiner la question de la transcription.

TRANSCRIPTION DU PRELEVEMENT

Le prélèvement est-il soumis à la formalité de la transcription ? formalité qui entraîne la perception d'un droit proportionnel². D'après la loi du 23 mars 1855 sont soumis à transcription : « les actes translatifs de propriété immobilière... ». N'y sont point soumis, à tort ou à raison, les actes simplement déclaratifs de propriété, ce qui dans notre législation est le cas du partage. Voici ce que disent les auteurs³ : « la transcription des actes qui produisent l'effet déclaratif est inutile... le partage ne saurait être assujetti à la transcription puisqu'il ne contient juridiquement aucune transmission de propriété ».

1. Civ., 20 juillet 1869, S. 1870.1.127.

2. Ce droit est actuellement de 0,48 %.

3. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité des successions*, t. II, n° 3347.

Les mêmes auteurs appliquant ces principes ajoutent ceci : « les prélèvements du partage et notamment les prélèvements exercés pour les reprises des époux, s'ils font cesser l'indivision sont exempts de la transcription car ils produisent l'effet déclaratif¹ ».

Voici ce que dit un arrêt : « attendu que le prélèvement de quelque manière qu'il s'exerce... est... une opération de communauté déclarative mais non translatrice de propriété n'opérant aucune mutation de propriété et dès lors affranchie de la transcription obligatoire prescrite par la loi du 23 mars 1855² et ³ ».

LA LÉSION DANS LE PRÉLEVEMENT

Une autre conséquence de l'assimilation, qu'a faite la jurisprudence entre le prélèvement et une opération de partage et de l'application au prélèvement des règles édictées par le Code Civil pour la matière du partage, est l'admission de la rescision pour lésion au cas de prélèvement.

L'action en rescision est recevable contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision⁴. Elle ne peut être écartée que si les conventions intervenues don-

1. *lieu cité*, n° 3351. Voir aussi Aubry et Rau, t. II, § 209, note 49; Laurent, t. XXII, n° 540; *contra* Troplong, *Transcription*, n° 62.

2. Civ., 12 février 1892, D. 1892.1.191. Voir aussi Civ., 20 juillet 1869 S. 1870.1.127. En ce sens Planiol, t. III, 1270. Colin et Capitant, t. III, p. 198; Nast, t. II, 840-2°.

3. L'époux qui prélève peut toujours faire transcrire l'acte qui constate le prélèvement. Les parties qui n'en ont pas l'obligation peuvent présenter l'acte au conservateur. Ainsi que le dit un arrêt du 24 mars 1868 (S. 1868.1.311) rendu à propos d'un partage : « Si les parties, dans un intérêt dont elles sont les seules juges, les présentent volontairement à la formalité le conservateur devra transcrire ».

4. Req., 29 mars 1922, S. 1922.1.86.

naient à l'acte un caractère aléatoire¹. Cette action est susceptible de s'appliquer au partage d'une communauté². Le prélèvement étant considéré comme une opération de partage, il en résulte que l'action en rescission pour cause de lésion qui peut être intentée contre un partage de communauté peut l'être aussi contre un prélèvement.

C'est ce qui a été décidé par la Cour de Cassation dans les arrêts précités concernant l'affaire Godefroy contre Vergne³. Il y avait pourtant une raison sérieuse de douter car la lésion n'est jamais admise qu'à titre tout à fait exceptionnel quand il s'agit d'opérations entre majeurs.

Deux cas peuvent se présenter : 1. Ou bien l'actif de la communauté sera tout entier absorbé par les prélèvements. 2. Ou bien, le prélèvement opéré, il restera encore des biens de communauté.

1^{er} Cas.—« Le premier cas s'est présenté dans une affaire Auzouy. Les reprises avaient absorbé complètement l'actif de la communauté. La dame Auzouy pour se remplir de ses reprises avaient prélevé une créance, mais celle-ci avait été estimée beaucoup moins que sa valeur. La Cour de Paris déclara à ce sujet : « ce prélèvement n'est en réalité qu'un partage de la communauté — ». Or, dans cette espèce plus que dans toute autre, le prélèvement était différent d'un partage proprement dit, puisque seul un prélèvement avait été opéré. Cependant, et c'est là pousser l'assimilation à son extrême

1. Req., 17 mai 1909, S. 1910.1.487.

2. Civ., 28 janvier 1929, *Gaz. Palais*, 1929.1.647.

3. Page 114, note 1.

me limite, la Cour de Paris a élargi jusque là la notion du partage. L'égalité étant l'âme du partage devra être aussi celle des prélèvements¹.

2^e Cas.— Le prélèvement opéré, il reste encore des biens de communauté. Dans ce cas, on partagera le surplus des biens entre les deux époux ou leurs héritiers. Mais l'assimilation du prélèvement à une opération de partage produit une conséquence importante pour le calcul de la lésion. Celle-ci doit être calculée non seulement sur l'ensemble des biens recueillis à titre de part dans l'actif net mais sur la totalité des valeurs qui ont été attribuées dans la masse commune, tant à titre de part dans l'actif qu'à titre de prélèvement.

Pour le calcul de la lésion² en suivant les règles du partage, on estimera la chose prélevée au moment du prélèvement et non au jour où l'action est engagée. La même règle s'appliquera au cas où l'époux viendrait plus tard à être évincé de l'immeuble prélevé. La règle est ici différente de celle de la vente car la vente est animée d'un esprit de spéculation, tandis que l'idée qui domine la matière du partage est celle d'égalité.

L'assimilation du prélèvement à une opération de partage produit encore d'autres conséquences importantes :

1. la nullité du partage entraîne la nullité du prélèvement, lorsque ces deux opérations sont faites dans un même acte.

1. Voir Colin et Capitant, t. III, p. 198; Nast, t. II, n° 839-4°. Arrêt de Paris, 4 mars 1874, S. 1874.2.167.

2. Pour les chiffres de l'arrêt Godefroy contre Vergne, voir Legrand, p. 361.

Dans une opération juridique qui constituait, comme cela a lieu souvent, à la fois un partage et un prélèvement on avait oublié de faire intervenir certains héritiers. Ceux-ci demandèrent la nullité du partage et l'annulation du partage fit tomber le prélèvement¹.

2. De même que l'omission d'une valeur dans un partage n'entraîne pas la nullité du partage mais un supplément de partage; en principe, l'omission d'une reprise, par exemple pour cause d'une erreur de droit, donne simplement lieu à un prélèvement supplémentaire². Dans l'espèce citée, il pouvait y avoir lieu à un supplément de partage, car on avait oublié un bien dans le partage. Mais si ce bien n'avait pas été oublié que se serait-il passé ? Au cas d'omission d'une valeur dans le partage, on peut toujours effectuer un supplément de partage par définition même, puisque la valeur oubliée peut être partagée; mais ici ce qui est oublié ne figure pas à l'actif mais au passif, ce qui peut, s'il n'y a plus de bien à partager, avoir pour conséquence de faire tomber le partage primitif et le prélèvement qui formait corps avec lui.

3. Les règles de la garantie en matière de prélèvement seront celles du partage. Les articles 884 et 886 s'appliqueront. Et notamment les cohéritiers devront la garantie de la solvabilité du débiteur d'une créance au moment du partage. L'indemnité due au cohéritier

1. Orléans, 8 avril 1891, D. 1891.2.402; Nast, t. II, n° 839-1°.

2. Nancy, 23 janvier 1904, D. 1906.2.174. L'erreur de droit avait consisté de la part des héritiers à croire que le défaut d'inventaire leur interdisait de réclamer une reprise, alors qu'ils pouvaient prouver l'existence de cette reprise par un autre moyen.

est calculée d'après la valeur du bien reçu au moment du prélèvement (art. 890 C. C.¹) et cela malgré l'effet déclaratif d'après lequel on pourrait être tenté de faire prévaloir un jour antérieur². Le recours en garantie est assorti du privilège du copartageant.

4. On doit appliquer au prélèvement la règle de l'article 882 qui donne aux créanciers deux droits :

a) Celui de faire opposition au partage

b) Le droit qu'ont les créanciers d'attaquer le partage fait hors de leur présence, au mépris d'une opposition antérieure. Les créanciers auront à faire opposition un intérêt d'autant plus grand que la femme à son titre de copartageante joint celui de créancière et peut, au cas d'opposition tardive, être payée avant eux. L'application de l'article 882 résulte de l'article 1476³.

5. Peut-on appliquer l'article 1167 C. C. à un prélèvement fait en dehors des créanciers, en supposant que le prélèvement est consommé, qu'il n'est ni précipité, ni simulé, mais qu'il est frauduleux. Il y a eu par exemple soit exagération du chiffre des reprises, soit sous-estimation d'un bien à prélever. La question se pose dans les mêmes termes que pour le partage. La solution à proposer semble devoir être la négative. Il y a un arrêt de cassation⁴ qui déclare l'article 1167 inap-

1. Comparer Bordeaux, 12 juillet 1892, S. 1894.2.217, D. 1894.2.51.

2. En ce qui concerne la date d'évaluation, comparer les développements qui seront faits plus loin, chap. VII, sect. 3, sous-section 3; voir Nast, t. II, n° 839-2°.

3. Req., 9 juillet 1866, D. 1866.1399. Chambéry; 29 novembre 1876, D. 1878, 215; Civ., 17 novembre 1890, S. 1894.1.399; D. 1891.1.25; Nast, t. II, n° 839-2°.

4. Civ., 17 novembre 1890. Comparer note Lyon-Caen, au S. 1895.1.395, et la note de la première page de ce chapitre.

plicable au partage d'une succession et qui dans ses motifs étend la solution qu'il donne au partage de la communauté. Si l'on considère le prélèvement sous son aspect d'opération de partage on déclarera l'article 1167 inapplicable dans le cas de prélèvement frauduleux.

6. L'application des articles 446 et 447 du Code de commerce au prélèvement, sera traitée dans le chapitre IX consacré à la faillite.

7. Le prélèvement ne donne pas ouverture à des droits de mutation (chap. X)¹.

1. Nast, t. II, n° 840-1°.

CHAPITRE VII

CONDITIONS D'EXERCICE DU PRELEVEMENT

Ce chapitre sera divisé en trois sections :

1. le prélèvement quant aux créances;
2. le prélèvement quant aux personnes;
3. le prélèvement quant aux biens.

Section I

Le prélèvement quant aux créances

Le prélèvement est le mode de règlement d'une créance, qu'il a pour but d'éteindre. Quelles peuvent être ces créances ?

L'article 1471 est ainsi conçu: Ils « (les prélèvements) s'exercent pour les biens qui n'existent plus en nature... »

Cet article fait naître une première question. L'aliénation d'un propre sans emploi est-elle la seule cause qui donne lieu à un prélèvement ? Faut-il ou non admettre le prélèvement pour les indemnités quelconques qui sont dues à l'époux par la communauté ?

Doit-on dire que le prélèvement étant un droit exceptionnel et exorbitant, il faut l'entendre strictement et limiter les causes de prélèvement à la seule cause

indiquée par l'article 1471 al. 2 et ne pas appliquer le prélèvement aux indemnités dues à l'époux par exemple pour raison de sommes tirées de la communauté par son conjoint dans son intérêt personnel? C'est ce qu'à décidé un arrêt ancien¹. Mais cette idée a été rejetée². Le prélèvement est le mode de règlement normal édicté par le Code Civil en ce qui concerne les reprises et il faut appliquer l'article 1471 à toutes les créances à recouvrer sur la communauté. La formule de l'article 1471 n'est pas limitative. Elle énonce simplement la cause de prélèvement la plus fréquente. Il y a lieu de la généraliser comme on le fait pour l'article 1433. La jurisprudence est dans ce sens. Elle admet notamment comme causes de prélèvement les obligations solidaires contractées par un époux dans l'intérêt de la communauté³. Un arrêt d'Orléans dit ceci : « attendu que les termes de l'article 1471 parlant de biens qui n'existent plus en nature, ces termes ne sont pas limitatifs, mais purement énonciatifs. »

Ceci posé, énumérons sommairement d'après la théorie des récompenses⁴ quelles pourront être les causes des prélèvements exercés par les époux :

1. Il y a tout d'abord l'hypothèse de l'article 1433, la vente de l'immeuble propre à l'un des époux, dont

1. Lyon, 3 mars 1841, S. 1841.2.347, D. 1840.2.280.

2. Dans le sens de la limitation, Laurent, t. XXII, n° 507, p. 527; Troplong, III, 1650.

3. Orléans, 3 décembre 1857, D. 1858.2.165.

4. Laurent, t. XXII, n° 448. Cette question a été très développée dans la thèse de M. Ragouet; voir Planiol, III, 1259; Colin et Capitant t. III, 4^e édition, p. 193 comparer le livre de M. Demogue, *Traité des obligations*, Sources, t. III, n° 186 à 189, p. 306 à 328.

le prix a été payé et dont il n'a pas été fait emploi.

2. Le rachat d'une servitude due à l'héritage propre de l'un des époux.

3. L'échange d'un propre avec soulte, la soulte étant tombée dans la communauté.

4. La vente des produits d'un propre, par exemple au cas de carrière ouverte pendant le mariage.

5. Le cas de don ou de legs mobilier fait à un époux sous la condition que ces biens lui resteront propres.

6. La construction d'un immeuble commun avec des matériaux propres.

7. l'aliénation d'un propre à rente viagère.

La communauté conventionnelle à laquelle s'applique sous certaines conditions le prélèvement¹ donne aussi des exemples de causes de prélèvement.

Ce sera par exemple l'hypothèse où des biens stipulés propres par contrat de mariage ont été aliénés, le cas où le montant de valeurs mobilières propres a été versé dans la communauté, celui d'objets fongibles consommés etc....

Il faut ajouter à cette liste tous les cas de récompenses pour indemnité, notamment le cas où la femme s'est obligée dans l'intérêt de la communauté.

L'indemnité peut avoir pour cause le recel² « aucune distinction n'est à faire entre les reprises proprement dites et les condamnations pour divertissement ou recel des effets de la communauté aux termes de l'article 1477. »

1. Voir plus loin cha . XI.

2. Req., 6 novembre 1861, S. 1862.1.174.

L'indemnité a, dans ce cas, une cause postérieure à la dissolution de la communauté mais cela importe peu dès lors que cette cause est corrélative à l'indivision.

On peut ajouter à ce cas l'hypothèse où l'un des époux a géré la communauté depuis sa dissolution jusqu'au jour du prélèvement. Sera pour lui une cause de prélèvement, le cas échéant, le solde débiteur du compte d'administration¹.

Il faut aussi ajouter à ces créances de reprises les intérêts que celles-ci ont produit depuis la dissolution de la communauté, intérêts qui courent de plein droit. (art. 1473).

Nous avons étudié jusqu'ici le prélèvement ayant pour objet de remplir l'époux de son droit à récompense contre la communauté, mais y a-t-il lieu à prélèvement dans l'hypothèse inverse, celle de récompenses dues par l'époux à la communauté? Dans ce cas, l'autre époux peut-il prélever sur la masse commune une valeur égale ou un bien de valeur égale au montant de la récompense que doit l'autre époux, ou faut-il dire que l'époux débiteur d'une récompense la versera dans la caisse commune? Les auteurs² font une différence entre ces deux hypothèses. Ils déclarent que dans le cas étudié maintenant, à la différence de ce qui se passe dans celui qui vient d'être examiné, le prélèvement n'est qu'un procédé de règlement, un procédé de pratique.

1. Nast, t. II, p. 222 et n° 831-3°; Ragouet p. 68.

2. Legrand, p. 290 et 320; Guillaud, t. II, n° 1017 et 1018; Aubry, et Rau, t. VIII, § 511, texte et note 13; Ragouet, p. 53. Pour les cas où cette question présente un intérêt particulier, voir la même thèse p. 61 et suiv.

Ici les idées développées par les auteurs qui se sont occupés de la théorie générale du prélèvement ont un intérêt pratique¹. Si l'on admet avec M. Legrand que le prélèvement est possible dans toutes les hypothèses de rapport de dettes il faut admettre encore ici le prélèvement. L'on objecte que le rapport est réglé par les articles 1468 et 1469, tandis que la loi s'occupe des prélèvements dans les articles 1470 et suivants, et qu'il y a ici deux hypothèses nettement différentes. Pour nous, nous adopterons pour des raisons pratiques les conclusions de M. Deschamps² qui admet le prélèvement dans un cas comme dans l'autre, car selon cet auteur : « prélèvement et rapport des dettes (ne sont) que les deux faces d'une même chose; de telle sorte que le prélèvement de l'article 1471 al. 1^{er} doit s'entendre aussi bien du prélèvement auquel il peut y avoir lieu par application de l'article 1468 qu'au prélèvement par application de l'article 1470. Il y a les mêmes raisons de décider dans les deux cas. »

Telles sont les créances qui peuvent être des causes de prélèvement. Elles ont toutes un caractère commun. Elles ont un lien direct avec l'état d'indivision. Pour cette raison, la jurisprudence a refusé de voir une cause de prélèvement dans la provision alimentaire allouée à une femme dans une instance en séparation de corps³.

Les créances de l'un des époux contre l'autre ne

1. Legrand, p. 290.

2. Deschamps, *Le rapport des dettes*, p. 271.

3. Paris, 28 août 1837, Répertoire de législation Dalloz, mot « Contrat de mariage », n° 830-2°.

peuvent se régler par voie de prélèvements car ces créances ne résultent point de l'indivision¹. D'après l'article 1478, ces créances sont exercées sur la part qui est échue à l'autre époux dans la communauté ou sur ses biens personnels, ce qui écarte l'application des prélèvements, puisque 1^o ceux-ci ont lieu avant partage et que 2^o ils ne peuvent être exercés sur les biens personnels de l'autre époux.

Section II

Le prélèvement quant aux personnes

Nous examinerons successivement deux points :

1. Quelles sont les personnes qui peuvent prélever
2. Quelle est la capacité nécessaire pour prélever

Sous-section I

Quelles sont les personnes qui peuvent prélever

Maintenant que nous connaissons les causes des prélèvements, examinons la question de savoir par qui les prélèvements peuvent être exercés.

L'article 1471 contient une règle très importante « les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari² ». La loi a voulu que la femme ait le plus de chances possibles de reprendre ce qui lui est dû. Si la communauté est peu importante, la femme pourra être payée de la totalité de ses récompenses et le mari n'aura peut-être absolument rien. Si après les prélèvements

1. Legrand, p. 339.

2. Nast, t. II, n^o 833-1^o.

de la femme la caisse de la communauté est vidée, c'est probablement que le mari n'a pas bien géré la caisse commune. En effet, les pouvoirs des deux époux sur la communauté ne sont pas les mêmes. Le mari la gère avec des pouvoirs très étendus qui vont presque jusqu'au droit de disposition complète. S'il ne retrouve pas la valeur de ses propres aliénés, c'est, tout au moins la loi le considère ainsi en raisonnant sur la grande majorité des cas, qu'il a mal géré. Il ne serait pas juste que sa femme qui, pendant la durée de la communauté, a été simplement une spectatrice muette, étrangère à la gestion des biens communs subisse les conséquences de son imprévoyance ou de sa mauvaise administration. Elle doit avoir, la première, action pour retrouver la valeur de ses propres aliénés ou le montant des indemnités qui lui sont dûes. Elle exercera donc ses prélèvements la première sur les biens de la communauté. Mais elle a, en cas d'insuffisance de la communauté, un autre avantage qui est corrélatif à l'ordre des prélèvements quant aux personnes : celui de pouvoir se faire payer sur les propres du mari¹. Il y a corrélation entre ces deux faveurs accordées à la femme, car si l'on admettait le mari à concourir avec la femme et qu'il ait reçu des biens, il pourrait être forcé de les rendre plus tard à la suite du recours subsidiaire de la femme. Le recours subsidiaire est la sanction de la responsabilité du mari à propos de la gestion des biens communs.

1. Colin et Capitant, t. III, p. 193. Ce recours subsidiaire s'explique par la confusion qui règne pendant la durée de la communauté entre les biens communs et les propres du mari. On peut dire que les créanciers de la communauté sont aussi créanciers du mari. La femme qui a certains avantages sur les créanciers doit avoir au moins tous les droits qu'ont les créanciers communs.

L'opération du prélèvement, n'est pas particulière à la femme¹. Elle peut être exercée par ses héritiers (art. 1470. « Chaque époux ou son héritier prélève ») et aussi par le mari. Celui-ci, s'il est créancier de la communauté, au lieu d'exiger un paiement en argent, peut à défaut de deniers dans la caisse commune se payer avec des biens de communauté. Un auteur² avait dénié au mari le droit d'exercer des prélèvements sur la masse commune. Il disait que les prélèvements sont une faveur, un droit exorbitant qui doit être entendu strictement. La particule « ils » de l'article 1471 ne s'applique grammaticalement qu'à la femme.

Cette opinion a été rejetée. L'ensemble des articles 1470 et suivants s'applique d'après les textes mêmes au mari comme à la femme. Il en était déjà ainsi sous l'Ancien Régime et les auteurs du Code Civil n'ont pas entendu innover sur ce point.

Cependant la situation du mari est moins favorable que celle de la femme. L'article 1472 ne lui permet d'exercer ses prélèvements qu'en deuxième rang et il ne peut les exercer que sur les biens de la communauté. Cependant, venant après sa femme, il pourra arriver que, celle-ci ayant prélevé des titres de bourse, il ait plus de chances de trouver des immeubles. Est-ce toujours un avantage ? La situation économique s'étant transformée depuis 1804, il se pourra très bien qu'avant d'avoir à prélever des immeubles de peu de rendement

1. Colin et Capitant, t. III, p. 196; Planiol, t. III, n° 1264 qui renvoie dans le même sens à Pothier; Nast, t. II, n° 832.

2. Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, VI, n° 132 bis.

la femme trouve dans la communauté de bons titres de bourse.

Le prélèvement est donc applicable au mari ainsi qu'à la femme. Nous verrons dans un chapitre spécial consacré à la femme renonçante que les prélèvements ne peuvent pas être exercés par elle.

Examinons, en terminant ce paragraphe, une dernière question. Le prélèvement peut-il être exercé par le cessionnaire des reprises ou par les créanciers de l'un des époux. Pour ce qui est du premier cas, on peut consulter l'arrêt de 1925 précité qui concerne une hypothèse assez spéciale et assez compliquée. Dans les deux cas, la solution semble devoir être la négative. On doit ranger, à cause de son caractère exceptionnelle et exorbitant le droit de prélever parmi les droits qui sont exclusivement attachés à la personne aux termes de l'article 1166 C. C.¹.

Sous-section II

Quelle est la capacité requise pour prélever

La question de capacité, pour exercer le prélèvement ou pour le subir, ne peut guère se poser pratiquement pour la femme mariée, car les causes de dissolution de la communauté, sauf une, lui rendent son entière capacité. Au cas de mort du mari ou de divorce, avant de se remarier, elle réglera ses droits dans la masse commune. Au cas où le deuxième mariage précéderait la liquidation de la première communauté, la question

1. Voir Nast, t. II, n° 830 et sa note (II) au D. 1925.1.106.

de capacité ne pourrait se poser puisque le droit aux reprises, étant mobilier, serait tombé dans l'actif de la deuxième communauté. L'action appartiendrait alors au second mari seul.

A la suite d'une séparation de biens, dans la mesure où le désordre des affaires du mari aura laissé pour éteindre les reprises de la femme des biens communs suffisants, le prélèvement sera effectué avec la liquidation de ceux-ci dans cet acte authentique, dont parle l'article 1444. La femme reprenant aux termes de l'art. 1449 la libre administration de ses biens, ayant notamment la capacité de recevoir un paiement, pourra effectuer librement ses prélèvements qui constituent la liquidation de ses reprises.

Nous examinerons la question de capacité pour le mineur, les principes que nous dégagerons étant applicables sous certaines modalités aux autres incapables. La question est ici complexe pour deux raisons : le tuteur légal du mineur est le plus souvent le survivant de ses père et mère, c'est-à-dire celui qui exercera le prélèvement contre le mineur... ou celui contre lequel le mineur dont le représentant légal est précisément son adversaire a le droit de prélever. A cette dualité de titres juridiques dans la personne du tuteur, correspond une dualité de titres juridiques dans la condition des anciens biens communs que le tuteur détient, partie en tant que tuteur, partie en tant qu'ancien époux.

Quelle est la capacité nécessaire pour prélever ? Doit-on envisager le prélèvement sous son aspect

d'opération de partage et dire que « la capacité requise pour le partage l'est également en matière de prélèvement¹

Cette solution serait peu pratique, car les formalités du partage judiciaire nécessaires quand un mineur est en cause, sont longues et coûteuses.

Il faut toujours se rappeler que le prélèvement est avant tout un mode de paiement des reprises. L'époux créancier qui pourrait faire vendre les biens de communauté préfère prélever. A notre avis, il suffira, quand un incapable est en cause (par exemple quand la femme survivante est en face de ses enfants mineurs) que son représentant ait, au cas où il exerce le prélèvement au nom de l'incapable, c'est-à-dire lorsque lui-même éteint la créance des reprises dues à l'incapable, les pouvoirs nécessaires pour recevoir un paiement, et au cas où étant créancier il exerce le prélèvement contre l'incapable, les pouvoirs de faire un paiement.

En effet, « le tuteur a à la fois qualité pour recevoir l'argent dû par les tiers et pour donner quittance, et pour payer les dettes échues du mineur² » Lorsque c'est lui même qui est créancier, il peut se payer et porter en compte les sommes qu'il prend. Ici la formalité prévue par l'art. 451 al. 2 n'a pas lieu de s'appliquer, puisque le tuteur n'est pas créancier du mineur, mais a simplement recours sur une masse, dont, après défalcation des dettes et des reprises de l'époux, le mineur prendra une part.

Le prélèvement s'effectuera donc sans difficulté. Toutefois pour que l'acte ne puisse pas plus tard donner

1. Delassale, p. 72; même sens Cothenet, p. 156.

2. Planiol, I, 1893-1895-1896.

lieu à des litiges, en ce qui concerne le chiffre des reprises ou la valeur des biens prélevés, le tuteur fera bien de faire constater son opération par un acte authentique.

Contre la solution que nous donnons ici, on ne peut invoquer l'article 450 qui prescrit que le contrat à intervenir entre le tuteur et le mineur soit signé au nom du pupille par le subrogé tuteur. En effet, le prélèvement n'est pas un contrat. Il ne rentre pas non plus dans la liste des actes interdits au tuteur par l'alinéa 3 de l'article 450.

Notre solution ne peut guère être contestée, lorsque le prélèvement, soit du mineur contre le tuteur, soit du tuteur contre le mineur, se fait en espèces. Mais l'idée que le tuteur peut, sans contrôle apparent, disposer des biens du mineur, peut paraître en contradiction avec le système fort complexe de protection du mineur, mais il faut toujours se rappeler¹ « qu'il n'y a de masse partageable que déduction faite des prélèvements » et que les biens prélevés ne sont pas des biens du mineur; car le mineur ne peut prétendre être payé de ses droits dans la communauté qui vient de se dissoudre qu'après prélèvement des reprises de l'époux survivant.

Section III

Le prélèvement quant aux biens

Examinons les choses d'un peu plus près. Nous connaissons les personnes qui peuvent prélever et l'ordre

1. Planiol, note au D. 1890.1.369.

dans lequel elles exercent leurs droits. Voyons maintenant la question de savoir sur quels biens s'exercent les prélèvements.

En principe, les prélèvements portent sur les biens existant dans la communauté au jour de sa dissolution, parfois sur des biens aliénés par le mari avant ou après ce jour. Ils peuvent porter sur des biens recelés. Ils ne peuvent s'exercer sur des immeubles non payés, impartageables ou saisis immobilièrement, ou sur des biens dont la valeur est de beaucoup supérieure au montant de la reprise à éteindre. Ils ne peuvent s'exercer sur les biens personnels de l'autre époux. Les prélèvements se font dans un certain ordre et pour une certaine valeur. Nous étudierons ces questions dans trois sous-sections.

1. Biens qui peuvent ou ne peuvent pas être prélevés;
2. Ordre des prélèvements;
3. Estimation des biens, objet du prélèvement.

Sous-section I

Biens qui peuvent ou biens qui ne peuvent pas faire l'objet des prélèvements

Les prélèvements peuvent porter sur tous les biens de la communauté : argent liquide, meubles, immeubles¹. L'argent liquide sera celui qui existait dans la communauté au jour de sa dissolution. Il pourra provenir de recouvrements faits, de dettes payées par les dé-

1. Nast, t. II, n° 832.

biteurs, de meubles aliénés. Peut-être a-t-on vendu quelques titres de bourse pour payer les frais d'une instance en séparation de corps ou d'un divorce, et il reste un certain reliquat. Il y a encore dans la communauté des meubles meublants, des créances. Les créances pourront être hypothécaires ou chirographaires à des taux d'intérêts divers. Ce pourra être par exemple le prix d'un immeuble vendu. Il pourra y avoir aussi dans la communauté des titres de bourse, un fonds de commerce. Enfin peuvent exister dans la communauté des immeubles urbains, ruraux, de rapport ou d'agrément.

Tous les biens qui, au moment de la dissolution de la communauté, existent dans la masse commune peuvent être l'objet de prélèvement. Au cas d'acceptation de la femme ses biens réservés font partie des biens communs, et les prélèvements peuvent s'exercer sur eux¹.

Rappelons que les biens, aliénés par le mari depuis la dissolution de la communauté, sont définitivement sortis de la masse commune et ne peuvent faire l'objet des prélèvements.

Certains biens auront pû être aliénés par le mari, mais par un acte qui excède ses pouvoirs (notamment une aliénation à titre gratuit au delà des termes de l'article 1422). Faut-il les comprendre dans la masse commune ? Il faut distinguer.

a) Si c'est un meuble et que l'on se trouve dans les conditions de l'article 2279 la question se règle par une indemnité au profit de la femme.

1. Il y a cependant des particularités en ce qui concerne leur passif, Aubry et Rau, § 511, note 26 *sexies*.

b) Si le bien peut être réclamé, on l'inscrit dans la masse commune et le prélèvement pourra s'exercer sur lui¹.

La question se pose dans les mêmes termes, lorsqu'un bien a été vendu par le mari en fraude des droits de la femme pendant la durée de la communauté. Par exemple, si au cours d'une instance en séparation de corps ou en divorce, le mari par acte simulé, a frauduleusement vendu certains biens de communauté, la femme pourra en prouvant la fraude faire annuler cette vente afin d'exercer ses prélèvements sur ces biens après leur retour dans la communauté².

Si le mari avait aliéné certains biens de communauté, après la dissolution de celle-ci, cette vente serait sans valeur à l'égard de la femme et n'empêcherait point cette dernière de se remplir de ses reprises sur ces biens. Prenons un exemple. Un mari, après la mort de sa femme avait vendu tous ses droits dans un immeuble commun. Il fut jugé que les héritiers de la femme pouvaient, à défaut d'argent comptant, exercer leurs prélèvements sur cette part³.

1. Dans ce cas, le tiers peut-il payer ? Pour résoudre cette question, examinons le point de savoir pourquoi la vente peut être annulée par les tribunaux. La cause de nullité est la fraude que le mari a voulu faire à sa femme. Mais la vente ne peut être annulée pour cette seule raison. Il faut que la fraude soit préjudiciable à la femme. Le paiement du tiers supprime le préjudice, puisque le tiers verse dans la communauté le prix du bien et que la femme peut prélever ce prix. Si le tiers paye le prix du bien, la femme n'aura plus l'intérêt nécessaire à l'exercice de l'action en question. Sans intérêt, pas d'action. Nous pensons que le tiers peut payer. La femme au lieu de prélever le bien recouvré prélèvera le prix payé par le tiers.

2. Comparer art. 243 C. C. et Aix, 10 mai 1906, S. 1908.2.61.

3. Req., 6 novembre 1861, S. 1862.1.174, D. 1862.1.167; Aubry et Rau, t. VIII, § 511, p. 163; Nast, t. II, n° 832; Laurent, t. XXII, n° 512.

Supposons maintenant que l'un des époux ait recélé des biens de la communauté¹. Il est privé de la part qu'il aurait eu normalement sur ces biens. Il ne peut à titre de copartageant revendiquer aucun droit sur eux. S'il a des reprises à exercer, peut-il le faire sur des biens qu'il a divertis de la masse commune ?

Trois systèmes ont été proposés pour résoudre cette question².

1. D'après le premier système, l'époux receleur perd du fait même du recel tous les droits qu'il aurait eu sur les objets recelés s'il ne les avait pas détournés. Par conséquent, il n'est pas admis à exercer ses reprises sur ces valeurs. C'est ce qu'a décidé un arrêt de Dijon³ : « attendu qu'en déclarant le receleur incapable de participer aux valeurs qu'il a détournées, la loi le prive d'une manière absolue du droit qu'il n'a pas su respecter dans son cointéressé ».

Cette solution n'est pas exacte. C'est là ajouter au texte de la loi et frapper l'époux receleur créancier de reprises d'une peine qui ne peut porter que sur sa part dans la communauté.

2. Un deuxième système apporte un tempérament à cette solution. Il considère que l'ensemble des biens recueillis par l'époux victime du recel comprend deux parties. La première est reçue à titre de réparation. Cette moitié doit lui être attribuée quoiqu'il arrive. La

1. Nous avons vu plus haut (chap. VII, sect. 1) la question de l'indemnité pour recel cause de prélèvement. Ici il s'agit d'une question de biens sur lesquels le prélèvement peut être opéré.

2. Voir note Brésillon au D. 1865.1.5; Aubry et Rau, § 519, p. 270; Laurent, t. XXIII, n° 27.

3. Dijon, 10 juin 1858, S. 1859.2.206.

deuxième moitié est attribuée à l'époux victime à titre de part dans la communauté et sur cette part, dit-on, les prélèvements de l'autre peuvent s'exercer.

Ce système transactionnel est ingénieux mais il n'a guère de fondement, car la moitié reçue à titre de part dans l'actif ne doit jamais subir le fardeau des reprises. Etant une part dans l'actif, son attribution suppose que le partage a eu lieu. Or il n'y a partage qu'après le paiement des reprises.

3. Dans un troisième système, qui est le seul juridique et auquel nous nous rallions, l'article 1477 ne s'applique qu'à l'actif de la communauté à partager entre les époux après prélèvement de leurs reprises respectives. Le prélèvement peut s'opérer sur les biens recelés. L'article 1477 est une exception au principe du partage par moitié. Or le partage ne s'opère qu'après le paiement des reprises. L'article 1477 ne saurait avoir d'influence sur lui.

C'est le système adopté par la Chambre Civile et plus tard par la Cour de Paris¹. Cette dernière s'exprime ainsi : « lorsque la loi dit que l'époux est privé de la portion (envisagée par l'article 1477) cela ne peut s'entendre que de la part qu'il aurait eu à recueillir dans l'actif net de la communauté c'est-à-dire dans l'actif net prélèvement fait des reprises ».

Il est permis de regretter que les peines qui frappent l'époux receleur ne soient pas plus fortes mais l'inter-

1. Civ., 10 janvier 1865, D. 1865.1.5, S. 1865.1.40; Paris, 10 juillet 1872, S. 1873.2.224, D. 1872.2.220.

prête ne saurait ajouter au texte de la loi des peines qu'elle ne prévoit point.

De toute façon, en ce qui concerne la femme, la sanction serait inutile, car privée de recours sur les biens recélés, elle garderait son recours sur les biens du mari, biens auxquels s'ajouteraient les biens recélés, aucun texte ne la privant de ce recours dans le cas étudié¹.

Pour qu'un bien puisse être prélevé il faut et il suffit, que ce bien soit dans la communauté au moment de la dissolution de celle-ci. Cependant, il faut ajouter à cette liste certains biens.

La liquidation de la communauté peut être tardive. L'on a attendu par exemple pour la faire — comme cela arrive souvent — la majorité des enfants. La liquidation peut ainsi n'avoir lieu que plusieurs années après la dissolution. Dans ce cas, les biens communs ont produit des intérêts entre le jour de la dissolution et le jour de la liquidation. Ces sommes peuvent servir au paiement des reprises. Si des biens ont été acquis en remploi de ces sommes, ils peuvent faire l'objet des prélèvements².

Peut-on prélever des biens insaisissables ? Pour répondre à cette question on ne peut consulter ni les textes qui sont muets, ni les auteurs qui ne se sont pas occupés de ce point particulier, ni la jurisprudence, car aucun arrêt n'est intervenu sur ce point. On ne peut donc prendre pour guide que les principes généraux de la ma-

1. Nast, t. II, n° 857; Aubry et Rau, t. VIII, § 519, texte et note 21; Rodière et Pont, t. II, n° 1103.

2. Nast, t. II, n° 823.

tière étudiée et les règles du bon sens. Il faut surtout envisager dans les différents cas où des biens sont insaisissables à quelle raison pratique correspond cette insaisissabilité et voir si cette raison joue dans chaque cas étudié.

Ecartons tout d'abord le cas du bien de famille insaisissable qui est plus théorique que pratique et où des articles règlent la situation.

Il y a différentes espèces de biens insaisissables où la question étudiée ne peut pas se présenter. Pour que des biens soient prélevés, il faut que ces biens soient communs. La question ne peut pas se poser.

a) Pour les biens dotaux de la femme.

b) Pour les pensions qui sont des propres (pensions de retraite ou pensions versées à titre alimentaire surtout si l'on fait dériver leur caractère de propres de l'incessibilité).

c) Pour les biens donnés ou légués avec clause d'inaliénabilité. Les raisons qui font adopter ces clauses par un disposant ne jouent pas pour une communauté. Ces biens inaliénables, pratiquement, sont des propres vis-à-vis desquels on ne peut exercer le droit de prélèvement.

d) Pour les instruments de travail d'un époux qui sont considérés comme propres par la majorité des auteurs à cause de leur caractère personnel très marqué.

La question étudiée pourrait se poser pour les rentes sur l'état. Les lois des 8 nivose an VI (art. 4) et 22 floréal an VII (art. 7) ont voulu établir l'insaisissabilité de ces rentes. Mais comme ces textes avaient des conséquences injustes, notamment au cas de faillite, on a cherché, et, dans une certaine mesure trouvé, une solution

plus juste. Deux arrêts importants¹ sont intervenus dans cette question, d'après lesquels ce que les lois révolutionnaires ont voulu empêcher, c'est uniquement l'opposition faite par les créanciers entre les mains des agents du Trésor. Mais ces lois n'empêchent point les créanciers de saisir ces rentes. Il faut cependant remarquer que l'administration se refuse le plus souvent à suivre cette jurisprudence. Mais quoiqu'il en soit de la portée pratique des arrêts cités, il faut remarquer que cela importe peu du point de vue du prélèvement. Les rentes sur l'état font partie des biens communs au moment de la dissolution de la communauté. Qu'un créancier ordinaire éprouve des difficultés en essayant de réaliser le droit de gage général qu'il prétend avoir sur ces titres, cela est possible; mais l'époux prélevant est un créancier qui a une situation particulière, qui — il faut toujours y revenir — a, s'ajoutant à ses droits de créancier sur ces titres, le droit de venir éventuellement à leur partage. De plus, on ne voit pas quel intérêt aurait l'autre époux à empêcher le prélèvement de ces rentes, obligé qu'il est de laisser son conjoint se payer sur la masse commune. Les titres en question sont des titres très facilement négociables que l'époux adversaire de celui qui veut prélever peut, s'il tient à les posséder, se procurer à tout instant. On doit conclure que les rentes sur l'état peuvent faire l'objet des prélèvements.

La jurisprudence apporte au principe que tous les

1. Civ., 2 juillet 1894 et Req., 16 juillet 1894; S. 1895.1.5, note Lyon-Caen.

biens de la communauté peuvent faire l'objet des prélèvements les limitations suivantes :

A) *Immeuble non payé*. On suppose que la communauté a acheté un immeuble et que le prix n'en a pas été payé. Le prélèvement de cet immeuble est-il possible ?

Malgré l'absence de tout texte précis, la Cour de Cassation a décidé que le prélèvement d'un immeuble était impossible, lorsque celui-ci était soumis à l'action résolutoire des vendeurs non payés¹. Il faut approuver cette décision pour des raisons pratiques, mais peut-être dans l'espèce, le fait que l'immeuble était aussi saisi immobilièrement a-t-il influencé la décision de la Cour Suprême. En effet, le prélèvement aurait été dans ce cas très peu pratique. Cependant, si l'immeuble n'était grevé que d'une dette minime, nous admettrions le prélèvement, la reprise n'étant éteinte qu'après défalcation de la dette qui grève l'immeuble sur la valeur de celui-ci. Nous appliquerions les mêmes idées à un fonds de commerce grevé d'un nantissement, chose assez normale, surtout si le fonds a été acheté peu de temps avant la dissolution de la communauté.

B) *Immeuble impartageable*. Le prélèvement est éga-

1. Req., 7 mai 1855. S. 1856.1.359, D. 1855.1.410. Les motifs de cet arrêt étaient les suivants : « attendu que le droit accordé à la femme commune par l'article 1471 C. civ. de se couvrir de ses reprises au moyen d'un prélèvement en nature cesse nécessairement lorsque ce prélèvement en nature est impossible, soit à raison de l'indivisibilité des biens, soit pour toute autre cause et que dans les circonstances où la licitation est nécessaire, les prélèvements de la femme ne peuvent se faire que sur le prix, que telle était la situation des parties, puisque les biens ne pouvaient être commodément divisés, puisqu'en outre le prix n'en ayant pas été payé, ils étaient exposés à l'action résolutoire des vendeurs non payés... et enfin saisis immobilièrement ». Comparer Laurent, t. XXII, n° 509; *adde* Req., 21 avril 1840, S. 1840.1.987.

lement impossible au cas où le bien que l'on voudrait prélever est impartageable pour une cause quelconque¹. Cela ne veut pas dire que le prélèvement ne puisse pas s'effectuer par l'abandonnement à la femme de la part indivise qui appartient à la communauté dans un immeuble impartageable².

Aucun prélèvement ne peut être effectué à l'égard d'immeubles dépendant de la communauté mais reconnus impartageables alors que le chiffre des reprises exercées par l'époux ne lui donne droit qu'à une partie seulement de la valeur de l'immeuble. Le prélèvement n'aboutirait qu'à donner à l'époux une part indivise dans la propriété de l'immeuble prélevé ce qui serait peu conforme à l'esprit du Code Civil hostile à l'état d'indivision. (cf. art. 815) et ce prélèvement n'aurait que des effets limités et temporaires. En effet une licitation serait nécessaire entre la femme et la communauté.

Cette doctrine de la Cour de Cassation peut avoir des conséquences importantes dans un grand nombre de cas pratiques, intéressants, celui par exemple où il s'agit d'un fonds de commerce qui est de sa nature impartageable. Dans ce cas, qui est très important, le prélèvement est impossible au cas de désaccord entre les époux. Cela peut aussi se produire pour la part

1. Arrêt précité, Req., 7 mai 1855; Laurent, *eodem*; Guillouard, t. II, n° 949; Rodière et Pont, t. II, n° 1075. Laurent fait dériver cette exception de l'article 1686.

2. Orléans, 3 décembre 1857, D. 1858.2.165.

sociale qui appartient à la communauté dans une entreprise commerciale¹.

Le prélèvement en nature sera remplacé par l'attribution d'une partie du prix de l'immeuble licité².

C. La même solution s'applique encore au cas d'immeubles saisis immobilièrement³.

D. Biens de valeur supérieure au montant de la reprise

Il faut, pour que le prélèvement puisse s'exercer, que le bien, objet du prélèvement, ait une valeur sensiblement égale au montant de la reprise qu'il s'agit de payer, en excluant évidemment le cas où le bien ayant une valeur inférieure, le complément serait soldé en espèces. Par exemple, pour une reprise de 10.000 fr. on ne peut pas prélever un immeuble de 50.000 fr. et offrir une soulte de 40.000 fr. La loi, en effet, n'accorde le prélèvement que dans la limite du montant de la reprise.

On peut comparer ce cas à celui du remploi, quand la valeur de l'immeuble acquis en remploi est un peu supérieure à celle de l'immeuble propre aliéné.

Dans ce dernier cas, on admet encore en pratique que le remploi a eu lieu pour le tout. La Cour de Douai a déclaré qu'il n'y avait pas à tenir compte de la différence et que l'immeuble nouveau serait propre dans sa totalité⁴, la communauté ayant, dans ce cas, droit à une récompense égale à la différence des deux sommes,

1. Voir plus loin clauses de prélèvement facultatif.

2. Req., 21 avril 1840, S. 1840.1.987.

3. Arrêt précité, Req., 7 mai 1855 (motifs).

4. Douai, 21 novembre 1905, D. 1907.2.390; Planiol, III, n° 961,

L'arrêt dit : « en présence du peu d'importance de l'excédent¹ » le remploi s'effectue pour le tout. Et il en donne cette raison juridique que l'acheteur devient propriétaire alors même qu'une partie du prix aurait été fournie par une autre personne. Cette raison ne joue pas dans notre hypothèse, mais on peut cependant s'inspirer de cette solution et décider que si l'excédent de valeur de l'immeuble prélevé sur la reprise à éteindre est relativement peu élevé, le prélèvement pourra s'effectuer. Par exemple si la femme a une reprise de 90.000 fr. elle pourra prélever un fonds de commerce de 100.000 fr. Mais elle ne pourra pas dans ce cas prélever un fonds de commerce de 200.000 fr. Si la différence entre le bien à prélever et la reprise est trop forte le prélèvement est impossible.

Sans cette règle, on pourrait empêcher l'application de la règle du partage en nature des biens de communauté. L'art. 1476 renvoie aux articles qui concernent les partages des successions et notamment à l'art. 832 *in fine*. Chaque époux doit avoir une part égale de meubles et d'immeubles. Sous la réserve que, si la différence de valeur est minime, le prélèvement est possible et en réservant également le cas d'entente entre les époux à ce sujet, nous conclurons que les règles du prélèvement ne peuvent servir à tourner la disposition de l'art. 832².

1. Celui-ci était pourtant dans l'espèce de près du quart du prix d'acquisition.

2. Voir Guillouard, t. II, n° 948; Baudry, t. II, n° 1112; Ragouet, p. 130; Nast, t. II, n° 832-833; Aubry et Rau, t. VIII, § 511, texte et note 24; Rodière et Pont, t. II, n° 1079.

En dehors de ces deux cas, les prélèvements ne pourront s'exercer en nature. On vendra les biens de la communauté et l'époux sera rempli de son droit au moyen d'une partie du prix de vente ou d'adjudication. Notons qu'en pratique, le prélèvement se fera pour une somme globale sur une masse de biens de diverses valeurs parmi lesquelles certains biens importants formeront l'essentiel du compte et d'autres de valeur minime (obligations de diverses sociétés) serviront d'appoint. Très souvent aussi, un bien sera attribué à la fois à titre de part dans l'actif et à titre de prélèvement en paiement de reprises, ce qui facilitera beaucoup le règlement.

Le prélèvement s'exerce sur les biens de communauté mais il ne peut s'exercer que sur ces biens-là. Il n'y a pas de prélèvement possible sur les biens personnels de l'autre époux, puisque ces biens ne font pas partie de la masse commune. Lorsque la femme exerce un recours subsidiaire sur les biens du mari, cette action diffère du prélèvement¹. Pour ceux qui, à l'opposé de la jurisprudence, admettent, qu'au cas de défaut d'inventaire, la femme peut être tenue sur ses biens personnels de la dette des reprises du mari, il n'y a pas alors non plus prélèvement, mais action soumise aux règles ordinaires.

Sous-section II

Ordre des prélèvements

Les prélèvements s'exercent sur les biens de com-

1. Voir plus loin chap. XI; Nast, t. II, n° 832.

munauté, mais les époux ne peuvent point prélever à leur guise les biens qu'ils veulent. De même qu'il y a un ordre de priorité des personnes, il y a un ordre de discussion des biens. L'art. 1471, al. 2 indique cet ordre : argent comptant, meubles, immeubles. Cet ordre d'après le texte ne semble s'appliquer qu'à la femme, mais on s'accorde¹ pour l'appliquer aussi au mari.

Cet ordre est emprunté à Pothier².

Les prélèvements porteront en premier lieu sur de l'argent. Cet argent liquide est d'ordinaire assez rare pendant la durée de la communauté puisqu'il est improductif, mais il aura pû être réalisé, peut être pour cet objet, par une vente de meubles ou un recouvrement de créances. Il est naturel que les reprises soient d'abord soldées en argent, puisqu'il s'agit du paiement d'une créance. Quand il n'y aura plus d'argent comptant, le choix portera sur les meubles et à défaut de meubles sur les immeubles. La loi les cite en dernier lieu. En vertu du vieil adage « *Res mobilis, res vilis* » les immeubles formant la partie la plus stable et en 1804 la plus importante des fortunes — fait qui se vérifie encore en temps de crise financière — il est juste qu'ils soient répartis le plus équitablement possible et ne soient prélevés qu'en dernier lieu.

Une autre règle est posée par l'art. 1471, al. 2. La femme aura le choix des immeubles et l'on tire de cet article, par un raisonnement *a fortiori*, qu'elle aura aussi

1. Voir notamment Aubry et Rau, § 511, p. 161. Rodière et Pont, t. II, 1093; Nast, t. II, n° 832; Caen, 19 janvier 1832, S. 1841.2.82; Paris, 18 août 1859, S. 1863.2.211.

2. Pothier, *Communauté*, 701.

le choix des meubles¹. Ce choix de meubles et d'immeubles appartient malgré le silence des textes et de l'avis de presque tous les auteurs, au mari également pour une raison d'analogie. Par exemple, l'époux ayant le choix des meubles prélèvera une créance hypothécaire au lieu d'une créance chirographaire, et parmi les créances hypothécaires, celles qui ont le rang le meilleur ou portent le plus fort intérêt. L'époux ayant le choix des immeubles prélèvera à sa guise, ou bien un immeuble urbain de peu de solidité mais d'un rapport avantageux, ou un immeuble rural de rendement moins élevé mais qui présente une sécurité plus grande.

L'art. 1471 qui donne l'ordre des prélèvements est impératif. Il faudrait une convention formelle pour que l'époux puisse intervertir cet ordre².

Question de preuve

A la question de l'ordre des prélèvements se mêle intimement une question de preuve. En effet, l'époux ne peut prélever des meubles qu'à défaut d'argent comptant, des immeubles qu'à défaut de meubles et de valeurs mobilières. Devra-t-il prouver par inventaire; dans le premier cas, l'insuffisance de l'argent comptant, dans le second, celle des meubles.

Il faut distinguer suivant qu'il incombait ou non à l'époux de faire confectionner un inventaire. Supposons que les héritiers de la femme veuillent exercer

1. *Contra* Laurent, t. XXII, n° 506.

2. Civ., 2 juin 1890, S. 1891.1.441, D. 1890.1.369; Rodière et Pont, II, 1076; Nast, t. II, n° 833.

leurs prélèvements sur les immeubles de la communauté. Le mari ne peut faire supporter les conséquences de sa négligence. Prenons un exemple. Après la mort de sa femme, un mari s'était mis en possession des biens dépendant de la communauté, sans faire constater par un inventaire¹ la consistance du mobilier. Les héritiers de la femme en l'absence d'argent comptant et de mobilier ne pouvaient exercer leurs reprises que sur les immeubles de la communauté existant entre les mains du mari. Celui-ci demanda à être autorisé à prouver par témoins l'importance du mobilier qui avait existé au moment de la dissolution de la communauté. Sa demande fut repoussée sur la base des art. 1442 et 1415. L'avantage que les héritiers de la femme ont de prouver par témoins et même par commune renommée l'importance du mobilier ne peut se retourner contre eux².

Supposons au contraire que dans cette espèce, le mari à qui incombait l'obligation de faire faire inventaire ait voulu prélever un immeuble en paiement de ses reprises. Il n'aurait pu à cause de sa négligence faire la preuve de l'insuffisance du mobilier par acte authentique. Il n'était nullement privé du droit d'exercer ses reprises, nul texte n'ayant attaché cette déchéance au défaut d'inventaire³, mais en pratique, il existait contre lui une preuve dangereuse. En effet, les héritiers

1. Nous avons vu plus haut les conséquences du défaut d'inventaire au point de vue spécial de l'article 1483 et des reprises du mari. (p. 97).

2. Civ., 1^{er} décembre 1852, S. 1853.1.166, D. 1853.1.122.

3. Les tribunaux pourraient cependant la prononcer au cas de fraude évidente, Caen, 17 janvier 1832, S. 1841.2.82.

de la femme auraient pu prouver par tous les moyens et même par commune renommée qu'au moment de la dissolution de la communauté, il existait un mobilier suffisant pour faire face au paiement des reprises du mari.

Cela peut être répété pour les héritiers du mari au cas de défaut d'inventaire de la femme¹.

Un arrêt de la Cour de Caen², en décidant que le mari ne peut au cas de défaut d'inventaire exercer ses prélèvements sur les immeubles pour insuffisance de valeurs mobilières avoir violé l'art. 1350. C'était là une déchéance arbitraire. Peut-on voir dans le défaut d'inventaire de l'époux une présomption que l'actif de la communauté est suffisant pour éteindre la totalité du passif y compris les reprises des époux ? Non, une demande en ce sens a été repoussée³.

Enfin le défaut d'inventaire, imputable à la femme, lui laisse la faculté d'exercer ses prélèvements conformément à l'art. 1471, avant ceux du mari⁴ et lui laisse aussi le droit d'agir subsidiairement sur les biens du mari⁵⁻⁶.

1. Aubry et Rau, t. XII, § 761, p. 304, note 17 et note 30 *bis et ter*; Req., 4 décembre 1889, S. 1891.1.73 et la note de M. Lacoste.

2. Caen, 7 juillet 1857, S. 1860.2.241, D. 1859.1.490.

3. Civ., 18 février 1867, S. 1867.1.222.

4. Douai, 8 août 1864, S. 1864.2.297.

5. Req., 4 décembre 1889, S. 1891.1.73 et la note.

6. Sur tout ce paragraphe, consulter Nast, t. II, n° 834. Aubry et Rau, t. XII, § 761. Voir notamment l'opinion de M. Bartin qui fait un rapprochement entre la preuve par commune renommée et le droit de prélèvement.

Sous-section III

Estimation des biens qui sont l'objet du prélèvement

Il nous faut encore voir une question importante. Il ne faut pas perdre de vue que le prélèvement est fait par un époux pour se payer d'une créance à lui due. Cette créance correspond à une somme d'argent et le prélèvement se fait pour cette somme-là. Quand le prélèvement porte sur des espèces, il n'y a pas de difficulté, mais si l'époux prélève un bien mobilier ou immobilier, il faut, pour savoir si le prélèvement remplit l'époux de son droit, faire l'évaluation de ce bien. Faute de cette estimation, il serait impossible de savoir jusqu'à concurrence de quelle somme ont été éteintes les reprises.

Nous examinerons à ce sujet deux points :

1. A quel moment il faut se placer pour faire cette évaluation;
2. Quels sont les éléments d'appréciation, et par quelle procédure on peut faire cette évaluation au cas de désaccord entre les parties;

1^o Moment auquel il faut se placer pour faire l'évaluation des biens

Cette question que l'on rencontre au sujet du prélèvement n'est qu'une des faces d'un problème plus général qui se pose au sujet du partage d'une indivision quelconque : « Faut-il pour évaluer les biens à partager, se placer au moment du partage ou au jour de l'évènement antérieur qui provoque cette évaluation : moment antérieur qui, au cas de partage de succession,

sera le jour du décès du *de cujus*, au cas de société et de partage de communauté, le jour de la dissolution de celles-ci ». La question a eu au cours de ces dernières années et a encore actuellement une grande importance, car les deux jours auxquels on peut se placer sont parfois fort éloignés l'un de l'autre. Par exemple, au cas de partage d'une communauté qui a donné lieu à un arrêt¹ il s'était écoulé vingt-trois ans entre le jour de la dissolution de la communauté et le jour du partage².

Avant la guerre, cette question n'avait qu'un peu d'importance car les variations économiques étaient faibles; mais aujourd'hui, selon que l'on se place à l'un de ces moments ou à l'autre pour faire l'évaluation, on peut arriver à des résultats fort différents³. De plus, comme le dit M. Henri Rousseau : « les divers éléments de cette succession (et l'on peut appliquer le même raisonnement à une communauté dissoute) auront entre eux une valeur relative absolument différente de celle qu'ils avaient en 1914 ».

Ceci est vrai que l'on considère la masse des biens communs au moment du partage ou au moment du prélèvement, et vrai aussi dans cette deuxième hypothèse quand on songe au choix que l'époux peut faire entre les meubles et les immeubles. Le mari sera d'autant plus intéressé à une juste évaluation des biens prélevés par la femme, qu'il est tenu subsidiairement des reprises de celle-ci.

1. Req., 8 juin 1868, S. 1868.1.359.

2. A titre d'exemple des variations de cours provoquées par la guerre, consulter les chiffres fournis par MM. Flandin et Enguerrand, *Lois nouvelles*, 3^e partie, p. 239.

3. Note au S. 1924.2.33.

Voyons comment la question se pose au point de vue du prélèvement. Quand le bien aura augmenté de valeur, le jour de la dissolution de la communauté, par rapport au jour du prélèvement, sera plus avantageux pour l'époux qui prélève et désavantageux pour son adversaire. Ce sera actuellement le cas pour des immeubles, des actions de grandes banques et des valeurs internationales. Au cas où le bien aurait diminué de valeur pendant l'intervalle considéré, l'inverse se produira. Cela rend la question étudiée intéressante et pratique.

Nous retrouvons ici une fois de plus la dualité du caractère juridique de prélèvement. Comme il est fait à titre de créancier et de copartageant quelle qualité va-t-on faire prédominer ? Si l'on voit surtout dans l'époux prélevant un copartageant, on raisonnera à notre point de vue spécial comme on le fait quand il s'agit de partage. Si l'on insiste surtout sur la qualité de créancier de l'époux, les raisonnements seront différents.

Plaçons-nous dans la première hypothèse. Pour le cas de partage d'une succession, on peut hésiter entre le jour du décès et le jour du partage. En faveur du jour du décès, on invoque l'art. 883. Puisque le successible est censé avoir reçu les biens en question directement du défunt c'est à la date du décès qu'il faut se placer pour faire l'évaluation. L'on invoque en ce sens la jurisprudence. M. Radouant¹ qui criti-

1. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1925. De l'estimation des biens compris dans un partage, p. 540 et suivantes.

que d'ailleurs cette thèse la résume ainsi : « la règle est de se placer au jour de l'ouverture de la succession ou de la dissolution de la communauté¹ ».

On peut répondre à ces arguments que l'article 883 est une fiction qu'il ne faut pas étendre au delà des hypothèses pour lesquelles elle est spécialement faite : « Evaluer les biens au jour du décès serait d'ailleurs contraire au principe de l'égalité du partage, l'un ou l'autre des biens à partager ayant pu augmenter ou diminuer de valeur entre le jour du décès et le jour du partage ». On peut lire cette phrase dans une décision du tribunal de la Seine du 6 décembre 1928² qui décide dans un sens opposé à celui de la jurisprudence antérieure. De plus, cette jurisprudence était si conciliante, qu'elle n'empêchait point la pratique notariale d'être généralement en sens contraire et d'évaluer les biens non point précisément au jour du partage mais au jour où les copartageants ont eu la jouissance divise du bien en question. Le texte qu'il faut faire prédominer ici c'est l'article 890 qui décide qu'au cas de lésion, il faut estimer les biens au jour du partage. Cette dernière solution apparaît la plus pratique et aussi la plus juste actuellement. C'est aussi à cette solution qu'arrive M. Rousseau dans sa note précitée : « lorsque le partage est effectué c'est au moment de la conclusion de ce contrat qu'il faut se placer pour apprécier la valeur des biens partagés³ ».

1. Voir dans le sens du jour du décès du *de cujus*, Bourges, 20 novembre 1923, S. 1924.2.33 et note Rousseau.

2. D. H. 1929, p. 158; cf. Dalloz, *Nouveau Code civil annoté*, art. 891.

3. M. Rousseau arrive à cette solution en faisant une distinction entre le partage et la transmission des biens. Demolombe a écrit dans le même

En appliquant au prélèvement le caractère d'opération de partage que lui donne la jurisprudence, on arrive au résultat suivant : l'évaluation des biens prélevés doit être faite non au jour de la dissolution de la communauté, mais au jour du prélèvement, si celui-ci est fait seul, ou au jour du partage si cet acte attribue des biens à la fois à titre de l'allotissement et de prélèvement.

C'est aussi à cette dernière solution que l'on arrive en faisant prédominer la qualité de créancier de l'époux. Celui-ci a par exemple une reprise de 100.000 fr. à effectuer. Ce qui lui est dû c'est cette somme-là, ou un bien ayant cette valeur. L'équivalence entre la valeur du bien et le montant de la reprise s'apprécie au moment où le créancier est payé, c'est-à-dire au moment du prélèvement. L'évaluation doit donc être faite à ce moment-là. Ce qui renforce en pratique cette thèse, c'est que la solution contraire n'aurait avec le caractère facultatif du prélèvement, aucune chance d'être admise¹. L'époux ayant le droit d'être payé en argent préférera ce mode de règlement si on lui offre des biens dont la valeur ac-

sens, au sujet d'une succession : « Tous les biens d'ailleurs meubles ou immeubles doivent être estimés non pas suivant la valeur qu'ils pouvaient avoir au moment de l'ouverture de la succession, mais suivant leur valeur actuelle. Les textes de la loi le supposent évidemment ainsi, et telle est la conséquence nécessaire des principes et de la grande règle d'égalité qui doit gouverner le partage ». Demolombe, t. XV, n° 647.

1. Cette idée peut paraître ôter à nos raisonnements toute utilité pratique, l'époux ayant un moyen indirect d'obliger son conjoint à une juste évaluation, soit en réclamant son paiement en argent, soit en demandant la vente aux enchères des biens en question dans le dessein de les racheter au cours normal. Cependant il peut y avoir des cas dans lesquels l'époux prélevant est très attaché à un bien, par exemple un fonds de commerce qui le fait vivre. Il se trouve en face de la mauvaise volonté de son adversaire et ne peut pas courir le risque de perdre le bien en provoquant la mise aux enchères.

tuelle est de beaucoup inférieure au montant de sa créance. Supposons qu'une communauté se soit dissoute en 1913. Le prélèvement s'effectue en 1929. On peut se placer dans deux hypothèses extrêmes.

a) L'époux veut prélever pour une créance de reprises de 100.000 fr. un immeuble qui avant la guerre représentait cette somme.

b) L'autre époux lui offre des titres russes ou les titres d'une société actuellement en faillite, titres qui valaient au moment de la dissolution de la communauté la somme indiquée. Ces deux exemples montrent l'impossibilité pratique qu'il y a à sa placer pour faire l'évaluation des biens prélevés à cette dernière date et notre conclusion sera qu'elle doit être faite au jour du prélèvement. D'une façon plus précise ce jour ne sera pas celui où les parties signeront l'acte constatant le prélèvement mais le jour quelque peu antérieur où le notaire aura établi les bases devant servir à la préparation de son acte.

Nous avons discuté jusqu'à présent sur le choix à faire entre deux dates : celle de la dissolution de la communauté et celle du prélèvement. Mais, dans cette discussion, nous avons supposé tacitement que les parties effectuaient le règlement de leurs reprises en dehors de toute procédure judiciaire. Mais, au cas de désaccord entre les parties, l'une d'elles peut s'adresser au tribunal. Que fera celui-ci ? Il désignera un notaire pour effectuer le règlement qu'ensuite il homologuera. Ainsi dans ce cas la question de la date d'évaluation des biens se posera devant le notaire et non devant le tribunal. L'on n'a donc pas à discuter le point de savoir si cette évaluation

doit être faite au jour de la demande en justice ou au jour du jugement. La question se pose dans la deuxième hypothèse envisagée dans les mêmes termes que dans la première¹.

2^o *Eléments d'appréciation*

Plaçons-nous d'abord dans le cas où les deux époux s'entendent. Les éléments d'appréciation seront les suivants. Certains cas seront très simples. On veut prélever un titre de bourse. Ce titre a un cours déterminé. S'il s'agit de prélever des meubles meublants dont le prix de vente serait faible le plus souvent, et que cependant l'on ne peut remplacer qu'à un prix beaucoup plus élevé, on se référera aux polices d'assurance en forçant un peu les chiffres car il est rare, peut-être plus encore dans les campagnes que dans les villes—même en tenant compte de l'usure des meubles —, que ces objets soient assurés pour leur valeur réelle.

Certains biens seront plus difficiles à évaluer, par exemple un fonds de commerce. On tiendra compte du chiffre d'affaires. Les marchandises seront estimées non d'après leur prix d'achat mais d'après leur cours actuel — cours d'achat et non de vente. Il sera plus difficile d'évaluer les éléments incorporels, d'estimer la valeur de la clientèle.

Les polices d'assurance serviront également à donner un chiffre approximatif de la valeur des immeubles,

1. Voir la fin du chapitre. Comparer la loi du 15 mars 1919, art. 1^{er}, *Lois nouvelles*, 1919, 3^e partie, p. 293; Colin et Capitant, t. III, p. 195, note 1.

chiffre qui, malgré la sévérité de la règle proportionnelle, sera souvent inférieur à la réalité. Dans ce cas, seront également utiles les évaluations qui ont servi de base à une vente, à une donation, à une déclaration de succession, les évaluations fiscales (impôts fonciers), les baux s'il s'agit d'immeubles tout au moins actuellement d'immeubles ruraux.

Mais cet élément d'appréciation : le bail est quelquefois mensonger. Il peut y avoir eu dissimulation. L'acte qui constate le bail peut ne point porter l'intégralité du fermage ou du loger, le reste étant libellé en « billets ». Peut-être le bail porte un chiffre modéré, mais le bailleur a reçu au moment de la signature de l'acte une somme importante de la main à la main, ce qui permet de déclarer au titre de l'impôt sur le revenu un chiffre moins élevé¹.

On peut se référer au prix que porte l'acte d'acquisition de l'immeuble, mais ce prix qui peut-être était faible du fait d'une dissimulation possible, au moment où il a été payé, ne répond sans doute plus a fortiori à la réalité.

Si l'immeuble a été acquis dans une adjudication, les conditions dans lesquelles elle s'est faite ont pu fausser entièrement le libre jeu de l'offre et de la demande : circonstances économiques mauvaises, atteintes à la liberté des enchères.

De toutes ces causes, il résulte que bien souvent il se-

1. A l'heure actuelle la loi fiscale fausse entièrement le libre jeu de nos institutions civiles. Consulter thèse Armilhon, Paris, 1923, *Des répercussions civiles des innovations fiscales*, p. 249 et 250 notamment.

ra difficile au notaire chargé de la liquidation d'amener les parties à s'entendre sur l'estimation des biens. Ces causes sans doute ne sont pas spéciales à la matière étudiée mais elles rendent le désaccord entre les parties plus grave ici qu'ailleurs, car, à la différence de la vente où l'une des parties, le plus souvent le vendeur, fait la loi du contrat, les deux parties sont au point de vue économique sur un pied d'égalité.

Prenons un exemple encore. L'immeuble que l'époux veut prélever rapporte actuellement 5.000 fr. La veuve dit : « je le prélève pour 100.000 fr. » mais les héritiers du mari répondent : « le bail du locataire actuel est sur le point de s'achever et à l'expiration du bail, on pourra louer 10.000 fr. L'immeuble actuellement vaut donc plus de 100.000 fr. Si vous voulez le prélever il faut l'évaluer 200.000 fr ».

Un semblable désaccord est grave.

Remarquons que le caractère facultatif du prélèvement atténue beaucoup la difficulté. Cependant, celle-ci peut se présenter. Que faire alors ? Une telle estimation ne saurait être faite par l'un des intéressés seulement. Elle doit l'être contradictoirement soit entre les conjoints, soit entre l'un d'eux et les ayants-cause de l'autre. Les parties pourront nommer un expert chacune, et ces deux experts, pour le cas où ils ne pourraient se concilier, s'en remettraient à la décision d'un expert départiteur désigné par eux à l'avance. L'estimation se fera alors aux frais de la masse.

Dans le cas où l'une des parties, par exemple celle qui est matériellement en possession du bien quel'autre veut

prélever fait des difficultés, l'autre partie peut demander au tribunal civil ou au président du tribunal civil de nommer le ou les experts qui fixeront la valeur du bien¹. Ces experts seront des officiers ministériels : commissaires priseurs pour le mobilier par exemple, ou des notaires. Cependant on peut décider que comme au cas de partage, le tribunal sera libre dans son choix². Les experts rédigeront un procès-verbal, où ils indiqueront non seulement la valeur des biens mais encore les bases de l'évaluation qu'ils auront faite : baux, nature et situation des biens, produits du sol etc.³. Mais le plus souvent, les choses se passeront ainsi : le tribunal désignera un notaire non seulement pour évaluer les biens, mais encore pour effectuer la liquidation de la communauté et c'est ce notaire qui règlera la question d'évaluation des biens. Plus tard, le tribunal homologuera ce règlement.

Quand les experts, nommés par les parties ou le tribunal, auront fait leur rapport, leur décision pourra être attaquée au cas d'erreur matérielle ou de fraude. Mais que se passera-t-il si quelque temps après le prélèvement pour une somme de X, l'époux qui a prélevé le bien le revend pour une somme de 2 X. Dans une espèce⁴, l'expertise faite dans un cas voisin avait produit d'étranges résultats. Une officine de pharmacie esti-

1. Comparer art. 824 et 825 C. civ. et art. 870 et 871 du Code de procédure civile.

2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, t. II, n° 3173; *contra* Demolombe, t. XV, n° 646.

3. Dalloz, *Code de procédure civile annoté*, art. 971, n° 5.

4. D. H. 1925, 31; Paris, 11 décembre 1924.

mée 1.880 Fr. fut revendue 5 mois plus tard 20.000 Fr. La Cour de Paris trouva cela «remarquable» mais admit que cette augmentation avait pu résulter des circonstances de la cause¹.

1. Consulter à ce sujet Rodière et Pont, t. II, n° 1080; Aubry et Rau, § 511; Laurent, t. XXII, n° 508; Guillouard, t. II, n° 948; Baudry, t. II, n° 1113; Pothier, *Communauté*, 694. Au sujet de cette procédure sur laquelle à notre connaissance il n'y a pas de jurisprudence, comparer art. 966 et suiv. du Code de procédure civile et notamment l'article 982.

CHAPITRE VIII

FINS DE NON-RECEVOIR A L'EXERCICE DU PRELEVEMENT

Nous avons déjà rencontré au cours de notre étude plusieurs fins de non-recevoir à l'exercice du prélèvement.

1. Le cas où l'époux voudrait prélever des biens dont la valeur est de beaucoup supérieure au montant de la reprise.

2. Le cas d'immeuble impartageable ou dont le prix n'a pas été payé.

Nous avons vu aussi l'influence du défaut d'inventaire et du recel. Voyons maintenant quelques autres points.

1. Le prélèvement suppose la dissolution de la communauté et la liquidation de celle-ci. Il n'est donc pas possible avant la dissolution de la communauté. Tant que celle-ci dure aucun des époux ne peut être considéré encore comme étant créancier de la communauté. Le compte courant entre celle-ci et chaque époux n'étant pas clos, on ne connaît pas le montant définitif de la dette des reprises. De plus, sur ces sommes ou ces biens susceptibles de faire plus tard l'objet des prélèvements, la communauté a un droit d'usufruit ou de quasi-usu-

fruit incompatible avec le prélèvement qui donne à celui qui l'exerce un droit de pleine propriété.

La fin de non-recevoir, énoncée ici, résulte des principes de la matière et de la place des articles qui la concernent au titre du partage de la communauté après l'acceptation, ce qui suppose bien la dissolution de la communauté. Cette remarque peut présenter de l'intérêt au cas de divorce où les époux cherchent quelquefois, mais en vain d'après la jurisprudence, à précipiter le règlement de leurs intérêts pécuniaires¹.

La règle générale est donc que le règlement des reprises ne peut avoir lieu qu'après la dissolution de la communauté. Cependant en cas de faillite, les reprises de la femme sont immédiatement exigibles². Cela n'empêche point la femme de prendre, pendant la durée de la communauté, certaines mesures conservatoires, par exemple de demander le emploi de ses propres aliénés ou de demander une collocation provisoire au rang de son hypothèque légale au cas où un ordre s'ouvre sur les biens du mari

2. L'usufruit de l'époux survivant n'est pas une fin de non-recevoir à l'exercice du prélèvement. La liquidation des reprises peut être demandée sans attendre la mort de l'usufruitier. L'époux jouira de son usufruit

1. Consulter Planiol, III, 1238 *quater*; Aubry et Rau, t. VIII, § 511, p. 158; Laurent, t. XXII, n° 501; Paris, 2 mars 1925, D. 1926.2.13 et la note Nast; Lyon, 28 octobre 1897, S. 1901.2.65 et la note Wahl. Dans l'affaire où cet arrêt est intervenu, la femme avouait avoir reçu du mari une certaine somme en paiement de ses reprises. La Cour considérant qu'aucun emploi de cette somme n'apparaissait jugea que la femme ne devait rien rapporter à la communauté. La note est en sens contraire.

2. Civ., 28 juin 1865, D. 1865.1.360.

et le prélèvement des héritiers de l'autre époux s'effectuera sur la nue-propriété¹, mais dans ce cas, il y aura des difficultés d'estimation.

3. Le prélèvement s'exerçant avant partage ou au plus tard avec le partage, n'est plus possible lorsque le partage a été effectué. C'est une conséquence du fait que les prélèvements ont pour effet de déterminer la masse à partager et de ce qu'ils sont une opération de liquidation antérieure au partage. Quand le partage a été effectué, l'époux perd les faveurs exceptionnelles qui lui sont accordées pour le recouvrement de ses reprises par les articles 1471 et suivants².

4. La prescription extinctive de la créance des reprises entraînera la déchéance du droit de prélèvement³.

5. Une autre fin de non-recevoir peut-elle être tirée d'une convention d'indivision (art. 815-2)? Puisque l'époux est un créancier, il faut répondre par la négative. Cette question a peu d'intérêt pratique, car la convention aura le plus souvent précisé ce point. Au cas de silence, la convention concernant la masse à partager ne pourra pas avoir d'effets sur le règlement des reprises qui ne s'effectue point sur cette masse.

6. Une renonciation au droit de prélèvement est-elle possible ? Elle peut se concevoir à deux moments : 1° par contrat de mariage; 2° à la dissolution de la communauté.

A) Par contrat de mariage, cette renonciation n'est

1. Req., 7 juillet 1874, S. 1874.1.477, D. 1875.1.57.

2. Voir Laurent, t. XXII, p. 198.

3. Ragouet, p. 169.

guère concevable de la part de la femme, car ce contrat a le plus souvent pour but non de diminuer les garanties que la loi lui accorde pour le recouvrement de ses reprises et autrement, mais de les accroître. Cependant, si cette clause est portée au contrat de mariage, quelle valeur aura-t-elle ? On peut examiner ce point sous deux angles différents :

a) On peut dire que cette renonciation est nulle, parce que par elle, la femme renonce à un des avantages qui compensent les pouvoirs exorbitants du mari pendant la communauté. De même que la femme ne peut renoncer par contrat de mariage à son hypothèque légale, elle ne pourrait renoncer au droit de prélèvement. En un mot, on soutient que le prélèvement est d'ordre public. Cet argument nous semble difficile à soutenir en présence du caractère facultatif du prélèvement. La femme, même ayant renoncé au droit de prélèvement, pourra toujours poursuivre la communauté ou subsidiairement les biens du mari. Par la clause discutée, elle ne renonce qu'à un procédé de liquidation économique et avantageux, mais on ne peut en aucune manière appliquer au prélèvement ce que l'on peut dire de l'hypothèque légale.

b) On peut dire encore que cette renonciation est nulle comme ayant un objet indéterminé. Nous reposerons cet argument pour deux raisons :

1° L'objet de la clause n'est pas de renoncer aux reprises qui, le jour du contrat de mariage, sont indéterminées, mais au prélèvement. Même s'il était impossible à la femme de renoncer à ses reprises, on ne devrait pas

en conclure que la femme ne peut renoncer au prélèvement.

2° Si l'objet des reprises n'est pas déterminé au jour du contrat, on peut dire que cet objet sera déterminable à la suite de certains événements.

La femme, à notre avis, peut valablement renoncer par son contrat de mariage au droit de prélèvement.

B) Après la dissolution de la communauté, la femme peut renoncer au droit de prélèvement puisque celui-ci n'est qu'un mode de paiement avantageux et économique, institué en sa faveur mais nullement obligatoire. Elle peut préférer au prélèvement en nature un paiement en argent. C'est ce que nous avons étudié déjà en examinant si le prélèvement était obligatoire ou facultatif¹. Les époux pourront par exemple régler leurs reprises par le procédé du mi-denier².

1. Voir plus haut, chap. V, 6.

2. Consulter Nast, t. I, n° 37, t. II, n° 831; Laurent, t. XXII, n° 513; Cothenet, p. 157.

CHAPITRE IX

LE PRELEVEMENT EN CAS DE FAILLITE

Les rapports du prélèvement et de la faillite pourraient théoriquement être traités en deux paragraphes : le cas de faillite du mari; le cas de faillite de la femme. Mais ce deuxième cas ne présente pas un grand intérêt au point de vue du prélèvement. Il pose simplement la question de savoir si les créanciers de la femme commerçante pourront exercer les droits de la femme, question que nous ne traiterons point dans cette étude. Nous étudierons seulement le cas de faillite du mari.

Remarquons tout d'abord qu'en cas de faillite du mari, il y aura souvent dissolution de la communauté, car devant le désordre persistant des affaires du mari, la femme, peut-être sur le conseil de celui-ci et quelquefois dans son intérêt, aura demandé la séparation de biens¹. De plus, au cas de faillite, il sera rare que la communauté soit acceptée, ce qui est important à noter, car au cas de renonciation de la femme, il ne peut être question de prélèvement.

1. Pour le cas où la faillite est prononcée sans qu'il y ait dissolution de la communauté, consulter Civ., 28 juin 1865, D. 1865.1.360.

Nous examinerons deux questions à propos de la faillite :

1. Le mari étant tombé en faillite, dans quelles conditions la femme créancière des reprises se présentera-t-elle à cette faillite ?

2^o Les créanciers pourront-ils faire tomber un prélèvement déjà effectué en se basant sur les articles 446 et 447 du Code de commerce ?

*1. Concours de la femme et des créanciers
au cas de faillite du mari.*

La femme se présente à la faillite du mari, en dehors des cas où elle peut faire jouer son hypothèque légale comme un créancier ordinaire, n'ayant aucun privilège. Dans cette hypothèse, la jurisprudence a toujours admis, même lorsque régnait la théorie condamnée par l'arrêt Moinet, que la femme n'était qu'une créancière soumise comme tout créancier à la loi du concours. L'article 560 du Code de commerce était formel¹.

Cependant, cette formule « créancière soumise comme tout créancier » appelle quelques précisions. La femme l'a un avantage. Elle peut — ainsi que la jurisprudence le décide généralement en matière de compte courant — opposer au syndic cette sorte de compensation qui résulte du compte courant existant entre elle et la communauté². Dans une espèce qui s'est présentée devant la Cour d'Angers, un syndic voulait faire verser à la

1. Paris, 8 avril 1854, S. 1854.2.211.

2. Angers, 11 mai 1891, D. 1893.2.447. Comparer Caen, 27 janvier 1874, D. 1876.2.138.

femme le montant intégral des récompenses qu'elle devait à la communauté et ne lui payer ses reprises qu'au marc-le-franc. Il alléguait que la compensation ne peut s'opérer qu'entre dettes liquides et exigibles et que les reprises n'étaient devenues telles qu'après l'ouverture de la faillite. Il fut débouté.

La femme même en dehors des cas où elle peut se servir de son hypothèque légale n'est donc point sur un pied d'égalité avec les créanciers chirographaires. Elle a vis-à-vis d'eux un privilège (ce mot n'étant pas pris dans son sens juridique, mais dans son acception courante).

2. Application des articles 446 et 447 du Code de commerce à la matière des prélèvements.

On peut concevoir que le prélèvement soit fait après le jugement déclaratif — avant la cessation des paiements — pendant la période suspecte.

Etudions successivement ces divers cas.

A) Aucun prélèvement n'est possible après le jugement déclaratif qui entraîne le désaisissement du failli. Le failli qui veut liquider les reprises matrimoniales de sa femme ne peut le faire sans l'assistance du syndic. Au cas où le failli céderait à sa femme l'un de ses immeubles, l'acte serait nul s'il était passé par le failli seul (art. 443 du Code de com.)¹. On peut appliquer ce principe au prélèvement d'un immeuble de communauté.

B) A l'opposé, un prélèvement fait avant la période

1. Req., 27 juin 1899, D. 1899.1.500.

suspecte est parfaitement valable, sauf la possibilité laissée aux créanciers dans ce cas d'exercer l'action paulienne (art. 1167 C. Civ.) qui exige la preuve de la fraude, la preuve du préjudice, et quand il s'agit d'un acte à titre onéreux, la preuve de la mauvaise foi du tiers.

C) Supposons maintenant que le règlement des reprises ait lieu après la cessation des paiements. Ecartons le cas où la femme a reçu des espèces trouvées dans la communauté. Il y a alors paiement en deniers auquel ne s'applique pas l'article 446, et qui peut seulement, selon les cas, être frappé par l'article 447².

Quand le règlement des reprises se fait par l'attribution à la femme acceptante de biens de communauté, les prélèvements vont-ils pouvoir être annulés au moyen de l'article 446 du Code de commerce ? La question peut se présenter dans deux hypothèses :

1° La communauté s'est dissoute par un jugement de séparation de biens prononcé avant le jugement déclaratif, mais la liquidation ne s'opère qu'en période suspecte;

2° Le mari qui a cessé ses paiements de son vivant est mis en faillite après son décès. La liquidation s'opère alors en période suspecte.

La femme opère ses prélèvements. Vont-ils tomber à la demande des créanciers sous le coup de l'article 446 comme faits « depuis l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée autrement qu'en espèces ou effets de commerce » ? Si l'on s'en tenait

2. Percerou, *Des Faillites*, t. I, n° 641.

uniquement à la théorie des reprises exercées par la femme à titre de créancière, il faudrait dire qu'il y a bien là l'équivalent d'une dation en paiement. Ce mode de paiement ne constitue point en effet un paiement en espèces ou en effet de commerce, et peut donner lieu à ces fraudes que la loi a voulu punir en édictant l'article 446¹. La conséquence de cette doctrine serait l'annulation du prélèvement. Cette solution a été admise quelque temps avant l'arrêt Moinet². Mais la thèse de cet arrêt — qui était alors une exception à la théorie en vigueur — ne semble pas actuellement celle de la jurisprudence. On peut dire contre elle que les raisons qui militent en faveur de l'annulation de la dation en paiement au cas de l'article 446 ne justifieraient pas cette solution. Ce que l'article 446 veut empêcher, c'est la substitution par un débiteur aux abois d'une chose autre à la chose due. Ici, même en tenant compte du fait que le prélèvement est facultatif, on ne peut dire qu'au cas d'attribution de biens en nature cela a lieu. Sans doute, ce qui est dû, c'est une reprise, c'est-à-dire une créance de somme d'argent; mais l'opération du prélèvement qui en constitue le règlement et qui ressemble par certains côtés à la dation en paiement est un mode de liquidation normal et habituel. A la différence des cas où s'applique généralement l'article 446, les époux qui utilisent le prélè-

1. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. VII, n° 356; Percerou, *Des Faillites*, t. I, n° 621.

2. Req., 24 janvier 1854, D. 1854.1.81; Bordeaux, 29 avril 1853, D. 1854.2.4. Comparer Agen, 23 février 1881, S. 1881.2.449 (cas d'une cession de créance faite à une femme renonçante en paiement de ses reprises après la cessation des paiements).

vement ne sauraient par cela seul être soupçonnés de fraude. De plus actuellement pour la Cour de Cassation le prélèvement n'est pas seulement une opération préliminaire au partage, un mode particulier de règlement des créances entre époux. C'est aussi d'après elle une véritable opération de partage et cette opération doit, comme le partage lui-même, être soustraite à l'application de l'article 446. En effet, le partage n'est pas compris dans la liste des actes que cet article déclare nuls alors qu'ils ont été passés dans la période suspecte. La femme acceptante prélevant ses reprises dans les biens communs à titre de mariage, les créanciers de son mari tombé en faillite ne peuvent attaquer en vertu de l'article 446 l'attribution mobilière ou immobilière qui lui a été faite pour la couvrir de ses reprises¹.

Nous avons vu plus haut (page 101) que l'arrêt que nous citons en note 1 contient quelques attendus qui ne cadrent pas complètement avec la doctrine actuelle de la Cour de Cassation. Cependant il semble que cette solution doive encore être admise et que le prélèvement doive ainsi que le partage échapper à l'application de l'article 446².

Le point de savoir si le prélèvement peut être attaqué en utilisant l'article 447 ne s'est pas présenté à notre connaissance dans la pratique. Si l'on envisage le prélèvement en tant qu'opération de partage, on est ramené

1. Bordeaux, 4 avril 1876.

2. Pau, 28 février 1879, S. 1879.2.20, D. 1879.2.265 et la note, examen de l'espèce dans la *Revue critique* de 1879, p. 449 et suiv. Voir encore note Levillain au D. 1881.2.225.

à une question qui a été discutée devant les tribunaux : celle de savoir si le partage peut être attaqué en arguant du même article. On ne peut invoquer en faveur de l'affirmative aucun arrêt de la Cour de Cassation. Il y a un arrêt de la Chambre des Requêtes¹ rendu à propos d'un partage, mais cet arrêt a statué en dehors de l'hypothèse des partages de succession et de communauté. La jurisprudence est divisée². On invoque en faveur de la négative l'article 883. Le partage étant non translatif mais déclaratif, il ne peut être compris parmi les actes à titre onéreux. et argument n'est pas sûr; le partage étant de sa nature translatif et la fiction de l'article 883 ne devant pas être étendue au delà des cas pour lesquels elle est strictement faite³.

En réalité, le partage est un acte à titre onéreux, auquel on doit appliquer l'article 447. De plus, si l'on considère le prélèvement sous son autre face en tant que règlement d'une créance, il est évident que cet acte est particulièrement dangereux pour les autres créanciers. Il paraît donc conforme aux nécessités du crédit de décider dans cette hypothèse que les créanciers pourront faire tomber le prélèvement effectué par la femme, et ils le feront d'autant plus facilement dans ce cas qu'étant donnée la vie en commun des époux, la femme aura la plus grande difficulté à prouver qu'elle ignorait l'état de cessation des paiements de son mari⁴.

1. Req., 28 mai 1895, S. 1895.1.385.

2. Pandectes françaises, mot faillite, n° 3289 et s.

3. Voir note Levillain précitée.

4. Voir Lyon-Caen et Renault et Percerou précités.

Nous nous contenterons en terminant ce chapitre, de renvoyer à un livre de Troplong¹ pour la discussion d'un arrêt cité par lui. Cet arrêt concernait les reprises de la femme au cas de faillite du mari, et l'influence d'un concordat auquel elle avait collaboré, sur le chiffre de ses reprises, et le recours ultérieur subsidiaire sur les biens du mari².

1. Troplong, *Contrat de mariage*, t. III, n° 1657 (Paris, 13 juillet 1844) Ajouter Req., 2 mars 1840, D. 1840.1.145.

2. Comparer avec les prélèvements du cohéritier, Rennes, 25 août 1862, D. 1864.2.209.

CHAPITRE X

LE PRÉLÈVEMENT AU POINT DE VUE FISCAL

Nous ne nous occuperons pas dans ce chapitre de la question du droit de transcription qui a déjà été étudiée et qui ne présente pas de grandes difficultés. Nous traiterons seulement la question du droit de mutation.

D'après l'arrêt Moinet, la femme qui exerce ses reprises à la dissolution de la communauté se présente comme une créancière. Auparavant on pouvait en présence du différend existant sur cette question entre les divers tribunaux se placer dans l'alternative suivante :

a) Ou l'époux agit à titre de propriétaire des biens qui lui sont attribués et aucun droit de mutation n'est dû ;

b) Ou il agit à titre de créancier. Le prélèvement équivaut alors à une dation en paiement. Il emporte mutation, d'où exigibilité des droits de mutation.

Comme la Cour de Cassation repoussait la première solution, on pouvait logiquement penser qu'elle se déclarerait en faveur de la seconde. Mais elle ne s'est point placée dans cette alternative. Considérant d'abord le cas de renonciation, elle a dit : « la femme renonçante doit être considérée comme ayant toujours été étrangère à la communauté. Si elle reçoit des biens communs en paie-

ment de ses reprises, il y a dation en paiement, d'où exigibilité des droits de mutation ... »

Pour le cas d'acceptation, la Chambre Civile a raisonné ainsi : « la femme agit à titre de créancière... (et elle ajoute)... et de commune; elle se paye avec des biens dont elle est copropriétaire par indivis avec son mari ou ceux qui le représentent. Ces prélèvements qu'elle exerce sont l'une des opérations du partage avec lequel ils se confondent pour la perception des droits d'enregistrement¹ ».

Sans doute la doctrine de la Cour de Cassation était peu logique alors que le système de l'arrêt Moinet ne s'était pas encore développé; mais la solution était avantageuse pour les époux, parce qu'elle les dispensait de droits qui peu élevés alors le sont devenus beaucoup plus par la suite. Cette doctrine s'est plus tard précisée mais jamais la solution adoptée alors n'a été modifiée.

Les critiques ne manquaient cependant point contre les arguments sur lesquels se basait cette solution². Tout d'abord l'assimilation que faisait la Chambre Civile entre le prélèvement et une opération de partage prête à la critique. De plus la Régie pouvait discuter la possibilité d'appliquer l'effet déclaratif du partage en matière fiscale. Elle pouvait aussi soutenir que la femme étant considérée comme copropriétaire par indivis avec son mari elle devait acquitter le droit de mutation pour

1. Telle est la décision de l'arrêt Villet du 3 août 1858 et des six autres arrêts de la même date, S. 1858.1.711 à 719.

2. Voir *supra* chap. IV, paragraphe assimilation du prélèvement à une opération de partage.

la portion des biens qu'elle prenait au delà de sa part indivise¹. Une fois de plus, à ce sujet, se heurtaient les idées contradictoires qui dominent la théorie du prélèvement.

Dans l'espèce jugée par la Chambre Civile le 14 décembre 1864, la femme abandonnait aux héritiers du mari tout l'actif commun et se faisait payer en argent ses reprises. La Chambre Civile a raisonné ainsi : « le règlement des reprises n'est qu'une opération destinée à dégager la consistance de la communauté et n'impliquant aucune transmission de propriété ni des héritiers du mari à la femme, ni de la femme aux héritiers du mari ».

En conséquence, le droit dû n'était pas le droit de mutation mais, étant donnée l'assimilation du prélèvement à une opération de partage, le droit de partage.

Les principes qui régissent cette matière sont indiqués très nettement dans un arrêt postérieur de la même Chambre Civile² :

« Attendu qu'au cas d'acceptation de la communauté la femme ou ses héritiers agissant de son chef exercent leurs reprises en la double qualité de créanciers et de copartageants et que les prélèvements qu'ils effectuent constituent l'une des opérations du partage avec lequel ils se confondent pour la perception des droits d'enregistrement³ ».

Une question spéciale se pose ici. Le règlement des

1. Voir Civ., 13 décembre 1864, S. 1865.1.89 et la note. Consulter les arguments de la Régie et le rapport du conseiller Laborie.

2. Civ., 13 avril 1891, S. 1891.1.421, D. 1891.1.471.

3. Rodière et Pont, t. II, 1094; Aubry et Rau, t. VIII, § 511, texte et note 35; Laurent, t. XXII, n° 541; Planiol, t. III, n° 1270; Colin et Capitant, t. III, p. 198.

reprises se fera très souvent avec celui de la succession du prémourant. Dans l'acte qui constate ces divers règlements on a pu donner de fausses qualifications. A ce sujet, l'arrêt continue ainsi : « attendu que les droits d'enregistrement doivent être perçus d'après les stipulations exprimées dans l'acte lorsque les qualifications employées ne sont pas en contradiction avec la substance des dits actes et les conséquences juridiques qu'ils entraînent ».

Et comme dans l'espèce, il s'agissait bien d'une opération juridiquement assimilée au partage, l'arrêt tire cette conséquence — « c'est à bon droit que le jugement attaqué a décidé que le droit (gradué) de partage était dû sur la partie de l'acte... par laquelle les consorts X ont procédé à la liquidation et au partage des communautés et successions de la dame X ».

Une question de détail pourrait se poser. L'ordre de l'article 1471 est impératif. On suppose que la communauté contient assez d'espèces pour remplir l'époux de ses reprises et cependant celui-ci est payé par l'attribution d'un immeuble commun. Ce qui lui est dû pourrait-on dire c'est de l'argent, il prend un immeuble. Il y a mutation. Non. Il importe peu que l'ordre de l'article 1471 soit respecté. La nature de l'opération reste la même.

Le droit dû est donc le droit de partage à l'exclusion de tout droit de mutation à titre onéreux. Il est dû sur les biens qui constituent le prélèvement et aussi sur l'actif net partagé. Dans-quelles conditions est-il dû ?

Supposons que l'un des époux prélève des biens de communauté et reste dans l'indivision avec l'autre époux

pour ce qui concerne les surplus de la masse commune. Le droit de partage sera dû seulement sur les biens prélevés.

Prenons une autre hypothèse. Un époux sort complètement de l'indivision et reçoit des biens de communauté tant à titre de prélèvement qu'à titre de part dans l'actif. Les héritiers de l'autre époux ne font point cesser l'indivision entre eux. Dans cette hypothèse, le droit de partage est dû sur l'ensemble des biens recueillis par l'époux d'une part et d'autre part par les héritiers de l'autre époux et quand ces derniers feront un partage entre eux, le droit de partage sera de nouveau exigible¹.

Le mari ou ses héritiers peuvent ne pas payer immédiatement les reprises de la femme; mais stipuler que ces reprises seront payées dans un délai déterminé. Dans ce cas si les reprises ne résultent pas d'actes antérieurement enregistrés il est dû un droit d'obligation de 1,5 %. Au cas contraire il n'est dû qu'un droit de prorogation de délai de 1,2 %.

Au cas où tout l'actif de la communauté est à peine suffisant pour payer les reprises de la femme et qu'il lui est attribué tout entier pour payer celles-ci, il n'y a pas matière à partage et le droit perçu n'est qu'un droit fixe de 22,5 fr.².

Au contraire, il y a mutation de propriété dans le cas où l'un des époux cède à l'autre sa part dans l'excédent de la communauté³.

Les reprises causes de prélèvement doivent être jus-

1. Voir solution de la Régie, 16 juin 1873, S. 1874.2.59, D. 1874.3.30.

2. Req., 7 juillet 1874, S. 1874.1.477 (solution implicite).

3. Aubry et Rau, § 511, p. 171, note 30.

tifiées. Si l'une d'elles ne l'est pas, elle peut être écartée par l'administration et, sur la moitié de la différence entre la somme indiquée et la somme justifiée, le droit de soulte est perçu.

Pour compléter ce chapitre, nous dirons qu'au cas de renonciation de la femme, ou de recours subsidiaire sur les biens du mari, les solutions inverses doivent être données. Il y a dation en paiement, exigibilité du droit de mutation et aussi au cas d'opération portant sur un immeuble, perception du droit de transcription. Le droit de mutation est perçu d'après la nature des biens abandonnés¹.

1. Sur tout ce chapitre, consulter le répertoire Garnier, voir aussi Planiol, III, 1270.

CHAPITRE XI

LE DROIT DE PRÉLÈVEMENT EST-IL APPLICABLE AUX AUTRES RÉGIMES MATRIMONIAUX QUE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE?

Le droit de prélèvement quin'est expressément consacré par le Code Civil que pour le régime de la communauté légale est-il applicable en dehors de ce régime ?

Voyons tout d'abord un cas voisin : celui de la communauté réduite aux acquêts, cas très important en pratique, étant donné le nombre des contrats de mariage qui l'adoptent. Le droit de prélèvement, lui, sera applicable pour deux raisons :

1. La communauté réduite aux acquêts est une communauté réduite sans doute quant à son actif et quant à son passif, mais c'est une communauté à laquelle s'appliquent les règles de la communauté légale;

2. Beaucoup d'arrêts sur le droit de prélèvement ont été rendus dans des affaires où il s'agissait de communauté réduite aux acquêts¹.

Etudions maintenant quelques clauses prévues par le Code Civil et qui peuvent avoir des relations avec le prélèvement.

1. Lyon, 28 décembre 1897, S. 1901.2.65; Bordeaux, 4 avril 1876, S. 1877.2.257; Caen, 27 juin 1861, S. 1862.2.69.

Nous ne reviendrons pas sur le cas de préciput conventionnel qui a été étudié plus haut (chap. 1). Les prélèvements de biens avant partage ou d'une part inégale dans le fonds commun ne sont pas faits à titre de créanciers en paiement de reprises. Ils sont faits uniquement à titre de copartageants et l'article 1471 ne peut recevoir dans ce cas aucune application.

Au cas où la communauté est attribuée toute entière à l'un des époux (art. 1525) il y a sans doute lieu d'effectuer le règlement des créances entre époux mais ce règlement ne peut se faire par voie de prélèvement. En effet, celui-ci suppose chez celui qui l'effectue la qualité de copartageant. Or dans le cas étudié il n'y a pas de partage¹.

Etudions maintenant le cas de l'article 1503. Il s'agit là d'une clause excluant de la communauté le mobilier en tout ou en partie. Supposons qu'une partie du mobilier soit tombée dans la communauté. D'après l'article 1503 « chaque époux a le droit de reprendre ou de prélever la valeur du surplus » c'est-à-dire de ce qui, aux termes du contrat de mariage, n'est pas tombé dans la communauté. C'est là une reprise en valeur à laquelle au cas d'acceptation de la femme, on pourra peut-être appliquer les règles des articles 1471 et suivants. En faveur de l'affirmative, on peut invoquer l'argument d'analogie. La situation est équivalente dans les deux cas. Le prélèvement étant le mode, sinon obligatoire tout au moins normal, de règlement des reprises, doit recevoir ici

1. Consulter la note de M. Henri Capitant au D. 1907.2.177 et la note au D. 1867.1.157.

encore application. On pourrait peut-être répondre que le prélèvement est un mode de règlement de créances exceptionnel et qui ne doit pas être étendu; mais comme ce règlement de créances a lieu entre époux, il paraît préférable de dire que l'on appliquera au cas étudié la seule procédure prévue par le Code civil pour le règlement des créances entre époux : le prélèvement. Au cas de renonciation de la femme au droit que lui confère la clause, on appliquera, par analogie, les règles de la communauté légale c'est-à-dire l'article 1493. Pour les mêmes raisons on pourra appliquer le prélèvement au cas où le contrat de mariage contiendrait une clause d'apport (art. 1500), quand cette clause a pour objet une certaine somme ou tout le mobilier de l'époux qui fait l'apport jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Si les valeurs tombées du chef d'un époux dépassent la valeur par lui promise il y a lieu à récompense et cette récompense peut se régler au moyen de prélèvement.

Au cas de forfait de communauté, le droit de copropriété qui appartenait à l'époux qui doit prendre le forfait est détruit. L'époux n'est plus copartageant, il n'y a plus de prélèvement possible.

Au cas de stipulation de parts inégales le droit de prélèvement s'applique. Toutefois, il y a dans ce cas certaines particularités au point de vue de l'ordre des prélèvements et du passif¹.

Examinons maintenant, à titre d'exemple, diverses clauses qui ont été examinées devant les tribunaux.

1. Voir Nast, t. II, p. 274.

1. Une clause du contrat de mariage peut donner à la future épouse l'option entre du numéraire et le prélèvement en nature. Cette clause est valable car c'est un principe certain que les époux peuvent faire dans leur contrat de mariage toutes les conventions qui ne sont pas contraires à la loi. (art. 1387 et 1497.) Le simple choix donné à la femme ou au survivant des époux est dans ce cas beaucoup moins grave que la clause prévue par le Code Civil et donnant la communauté toute entière à l'un des époux.

Dans ce cas, si la femme opte pour le prélèvement en nature le mari ou ses héritiers sont obligés de le subir¹.

2. Les futurs époux peuvent déclarer dans leur contrat de mariage que, pour la liquidation de la communauté ayant existé entre eux, l'action en reprise sera considérée comme immobilière. Cette clause était insérée autrefois et l'était encore au milieu du XIX^e siècle. On avait argumenté contre elle des règles de la distinction des biens qui, disait-on, sont d'ordre public. La Cour de Caen répondit que cette règle ne dérogeait rien aux règles générales du droit que l'on avait invoquées².

3. Dans le cas où l'époux survivant est donataire de tout le mobilier de la communauté, la situation est assez complexe. Doit-on appliquer les règles du prélèvement et dire que les reprises de la femme par exemple s'exerceront d'abord sur le mobilier de façon à faire peser le poids de la dette de ses reprises d'abord sur ce dont la femme est donataire? La Cour de Douai a rejeté cette

1. Caen, 12 mai 1870, D. 1872.2.196.

2. Civ., 14 novembre 1871, S. 1871.1.217, D. 1871.1.345.

solution et déclaré que les héritiers du mari doivent supporter les reprises au prorata de la valeur de leur part dans les conquêts. Ce n'est pas là exclure les règles du prélèvement mais les appliquer comme le fit la jurisprudence postérieure¹.

4. Une clause modifiant l'ordre des prélèvements est-elle valable ? On peut répondre par l'affirmative. Cet ordre n'a rien qui touche à l'ordre public et le Code, en autorisant l'attribution de la communauté toute entière à l'un de époux, a consacré un droit beaucoup plus fort qu'un choix portant d'abord sur un immeuble ou sur un fonds de commerce.

5. Au cas où une société d'acquêts est adjointe au régime dotal, le prélèvement peut-il être exercé ? Il peut y avoir des reprises à exercer à raison de sommes ou valeurs tombées du chef de l'un des époux dans cette société d'acquêts. L'époux créancier de reprises aura-t-il le droit de prélever des biens de cette masse pour se payer ? Il y a tout d'abord en faveur de l'affirmative une raison pratique, celle qui justifie le droit de prélèvement : l'économie que ce mode de règlement apporte à la liquidation de la communauté. De plus, la société d'acquêts est soumise, notamment en ce qui concerne le partage après acceptation, aux règles de la communauté légale. Cela est vrai aussi de ses causes de dissolution, de sa liquidation, de la preuve des récompenses².

La jurisprudence applique à ce cas la théorie des préle-

1. Douai, 17 juin 1847, S. 1849.2.71. Comparer Amiens, 18 février 1887, S. 1887.2.185 et la note.

2. Civ., 18 juillet 1855, S. 1855.1.530.

vements telle que nous avons essayé de la construire. L'affaire où intervint l'arrêt Moinet que l'on ne peut pas ne pas citer, quand on étudie notre sujet, concernait une société d'acquêts jointe au régime dotal¹.

Cependant, dans ce cas, la femme a une hypothèque légale sur les conquêts aliénés et l'on peut discuter avec des arguments plus sûrs qu'au cas de communauté légale, la question de savoir si elle conserve alors le droit de l'opposer aux tiers acquéreurs, ce qui est susceptible de changer certaines conditions d'exercice du droit de prélèvement.

6. Nous étudierons pour finir ce chapitre, une clause très fréquente en pratique : la clause de prélèvement facultatif contre indemnité. Il ne s'agit plus ici du prélèvement de l'article 1471 ni de clauses prévues par le Code Civil. Il ne s'agit pas non plus de voir les relations de prélèvement avec les divers régimes matrimoniaux. Nous sommes ici en dehors de l'objet de nos développements. Mais nous étudierons cette clause à cause de sa grande importance pratique et aussi parce que cette étude nous fera mieux comprendre par comparaison notre sujet lui-même.

Cette clause est quelquefois utilisée pour permettre à l'époux survivant de conserver les meubles meublants de la communauté ou les annexes de ses propres, parfois aussi des biens impartageables; mais son application pratique est surtout intéressante au cas d'exploitation

1. Caen, 9 juillet 1889, D. 1890.2.137; Rouen, 26 mars 1892, D. 1892.2.350. Comparer Civ., 16 novembre 1859, S. 1860.1.241; Caen, 27 juin 1861, S. 1862.2.68; Req., 1^{er} juin 1862, S. 1862.1.829, D. 1862.1.420.

commerciale, industrielle ou agricole. Cette clause, lorsqu'elle a pour objet un fonds de commerce est souvent appelée « clause commerciale » mais on l'appelle plus justement « clause de conservation du fonds de commerce ». Elle a pour but de permettre, uniquement de permettre car elle est facultative, par une dérogation à la règle du partage en nature, à l'époux survivant de conserver le fonds de commerce ou plus généralement l'exploitation de nature quelconque qui fournissait auménage les ressources nécessaires. Cette clause est avantageuse pour le survivant qui conserve une exploitation qu'il connaît et dont l'état florissant est quelquefois dans une large mesure son œuvre. Elle empêche les héritiers de l'autre époux d'en réclamer le partage. Elle permet d'éviter le démembrement d'une exploitation ou sa vente à des étrangers.

Cette clause est destinée à parer aux caractères spéciaux du prélèvement : liaison étroite avec la théorie des reprises, nécessité d'une reprise à exercer qui ait une valeur équivalente ou approximative égale à celle du bien à prélever et à ses inconvénients que nous avons déjà rencontrés : absence de caractère obligatoire, possibilité d'écarter le prélèvement par un paiement en argent. Avantageuse pour le survivant, cette clause ne peut guère être désavantageuse pour les héritiers de l'autre époux qui reçoivent en argent l'équivalent de la valeur du bien prélevé. Cependant, sa validité est

douteuse quand elle s'exerce aux dépens des enfants du premier lit¹.

Cette clause est certainement valable quand les époux l'adoptent dans un contrat de mariage instituant une communauté conventionnelle. Dans ce cas le prélèvement facultatif est une convention de mariage qui paraît même devoir être valable dans l'hypothèse où la clause est stipulée aussi pour le cas de renonciation².

Sa validité est d'autant moins douteuse, qu'elle ne contient aucune donation puisqu'elle se fait contre indemnité et qu'elle apporte seulement aux opérations de liquidation une commodité plus grande.

Ecartons le cas où la clause aurait pour objet la conservation du fonds de commerce propre à l'un des époux. Ce cas actuellement discuté en doctrine et en jurisprudence est trop éloigné de notre sujet³. Voyons ce qui se passe quand la clause s'applique à des biens communs. Ce droit peut exister soit au cas où la communauté se dissout par la mort de l'un des époux, soit dans les autres cas. Cette clause est inopposable aux créanciers de la communauté (argument art. 1519).

Un résultat analogue à celui que l'on obtient avec la clause de prélèvement facultatif pourrait être atteint au cours du mariage et d'ailleurs beaucoup plus difficilement par une donation ou un legs mutuel au profit du survivant qui payerait le fonds à la succession de

1. Voir les auteurs cités plus loin.

2. Voir Nast, t. I, n° 887-894.

3. Voir jug. Trib. Seine, 24 déc. 1928. *Semaine juridique*, 1929, p. 216 et Rouen, 5 août 1921 et 15 décembre 1922. D. 1923.2.1.

l'autre époux. L'inconvénient dans ce cas est que les libéralités sont révocables. Au cas où le fonds de commerce est conservé en vertu de la clause de prélèvement facultatif moyennant indemnité il l'est à titre d'attribution anticipée qui équivaut à l'attribution d'un lot dans un partage. L'époux conserve le fonds à titre de copartageant, d'où il suit que l'effet déclaratif du partage s'applique à cette opération.

Sur cette question et notamment sur le cas où une clause analogue au prélèvement facultatif est contenue dans une donation ou un testament on peut consulter un article de M. Henri Capitant¹.

1. Consulter Henri Capitant. *Revue critique*; 1927 et les thèses citées par lui en particulier, Machereau, Paris, 1908 « les clauses de prélèvement facultatif moyennant indemnité ». Sur les discussions actuelles, consulter *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1929, p. 476.

CHAPITRE XII

CAS DE LA FEMME RENONÇANTE OU EXERÇANT UN RECOURS SUR LES BIENS DU MARI

Nous avons raisonné dans les développements qui précèdent sur le cas de la femme acceptante ou du mari exerçant leur action en reprise sur les biens de communauté. Nous allons maintenant étudier deux hypothèses:

1. Celle de la femme renonçante;
2. Celle de la femme qui, à défaut de biens communs suffisants pour la remplir de ses reprises, exerce un recours subsidiaire sur les propres du mari¹. Ces hypothèses ont ceci de commun, c'est que ni dans l'une ni dans l'autre il n'y a lieu à prélèvement. Etudions d'abord le cas de renonciation.

1. Par suite de sa renonciation à la communauté, la femme est réputée étrangère aux biens qui la compo-

1. Qu'elle soit acceptante ou renonçante, peu importe. Comme il ne s'agit plus d'un recours sur les biens communs, il n'y aura aucune différence entre le cas d'acceptation et le cas de renonciation.

Une question de preuve se posera (voir Pandectes françaises, répertoire mot contrat de mariage, n° 6166). Il faudra que la femme prouve l'insuffisance des biens de communauté en démontrant qu'elle en a discuté toutes les valeurs et que celles-ci n'ont pu la remplir de ses droits. Elle le fera par exemple par un inventaire. Si un prélèvement a été effectué cet acte prouvera par la différence entre la somme qu'il énonce et la somme due, que la femme n'a pas été payée intégralement.

saient (art. 1492). Tous les biens de communauté sont réputés désormais biens du mari. La femme créancière de reprises agit alors uniquement à titre de créancière. Les principes qui régissent ce cas ont été appliqués tout récemment encore par la Chambre des Requêtes¹.

« Attendu que la dame B. ayant par suite de sa renonciation à la communauté perdu tout droit sur les biens qui la composaient, il n'existait entre les époux, ni indivision ni masse commune pouvant faire l'objet d'un partage, que, pour le règlement de ses reprises... la femme loin d'être copartageante, n'était plus que créancière de son ancien mari ».

Examinons la question d'un peu plus haut. Nous avons vu que le prélèvement est applicable au mari. On pourrait faire le raisonnement suivant: le droit de prélèvement si l'on s'en tient à une interprétation stricte et uniquement littérale des textes, n'est prévu que pour la femme. Puisque l'on fait de ce droit par une extension d'ailleurs naturelle, raisonnable et historiquement justifiée, application au mari — ce qui pour certains auteurs est déjà une interprétation un peu large des textes — pourquoi ne pas aller un peu plus loin dans cette voie et ne pas étendre ce mode de règlement simple et économique à la femme renonçante?

Il y a contre cette extension les raisons tirées de la nature du prélèvement. Le droit de prélèvement — il faut toujours avoir cette idée à l'esprit — supposant réunies les deux qualités de créancier et de copartageant

1. Req., 9 novembre 1926, D. H. 1926.546.

ne peut être employé quand la deuxième fait défaut.

Comme le dit M. Legrand¹, il n'y a de prélèvement concevable s'il n'y a masse indivise et partage « Le Code Civil prévoit la liquidation des reprises au cas d'acceptation et au cas de renonciation dans deux séries d'articles différents et séparés 1470 à 1472 d'une part, 1492 à 1495 d'autre part et la théorie du prélèvement est prévue pour la première hypothèse seulement. Étendre le prélèvement à la femme renonçante, serait transformer complètement les principes qui gouvernent la matière. Est-ce désirable ?

Le prélèvement est d'abord une faveur accordée à l'époux lui permettant de conserver des biens de communauté en paiement de ses reprises. À ce point de vue, on peut hésiter à l'accorder à la femme renonçante qui répudie les dettes que la communauté a contractées. Mais le prélèvement est plus qu'une faveur. C'est un moyen pratique et économique, d'effectuer le règlement des reprises entre époux. Si ce mode de règlement est pratique et économique pourquoi ne pas l'étendre à la femme renonçante ? Sans doute, le mari peut toujours abandonner à la femme en paiement de ses reprises un bien de communauté mais il y a alors dation en paiement et par conséquent exigibilité des droits de mutation. L'intérêt qu'il y aurait à étendre le prélèvement à la femme renonçante serait avant tout un intérêt fiscal. Mais il ne serait pas le seul.

Il y avait depuis 1858 et jusqu'à une date toute ré-

1. Legrand, p. 337.

cente unanimité des auteurs et de la jurisprudence sur cette question. Mais un arrêt est intervenu celui de la Cour de Paris du 13 décembre 1928¹ qui a déjà provoqué des commentaires et qui admet la rescision pour lésion contre un acte qui avait liquidé les reprises d'une femme renonçante. La solution est peut-être équitable, mais il faut se rappeler ici que la lésion est toujours admise à titre exceptionnel celle des 7/12 aussi bien que celle du 1/4.

Cette dernière n'est admise qu'en matière de partage et pour pouvoir en faire application à l'acte en question, la Cour de Paris a dû assimiler — tout au moins dans une certaine mesure et pour des fins déterminées — l'acte en question à un partage, c'est-à-dire à un acte qui fait cesser une indivision. L'arrêt s'exprime ainsi : « tant que les reprises n'ont pas été liquidées et nonobstant la renonciation de la femme à la communauté, l'indivision subsiste à l'égard des biens dont le mari demeure comptable au titre des reprises. » Ce motif apparaît plutôt comme un prétexte que comme un argument juridique. En réalité la masse indivise est une masse que l'on doit diviser, partager. comment y aurait-il partage dans notre espèce ? Le mari est seul propriétaire de la masse commune. Quand à la femme, elle n'a pas vis-à-vis de cette masse un droit de copropriété qui ferait de cette masse une masse indivise. Elle n'a même point sur elle un droit réel². Un fonds hypothéqué est-il

1. Paris, 13 décembre 1928, *Gazette des tribunaux*, 6 mars 1929, Recueil 1929.2.241 ; *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 479, note de M. Savatier.

2. Nous nous référons ici à la théorie habituellement enseignée et à un langage sinon exact tout au moins commode.

indivis entre le créancier hypothécaire et le propriétaire de l'immeuble ? Non ! Alors comment pourrait-il y avoir indivision entre le propriétaire de la masse commune : le mari, et la femme qui n'a vis-à-vis du mari, c'est-à-dire pratiquement contre les biens du mari auxquels les biens de communauté sont réunis, qu'un droit de créance. Une communauté non liquidée n'est pas plus une indivision que ne l'est une succession dévolue à un seul héritier quand cette succession comporte un passif. Dans l'un et l'autre cas, la masse doit répondre de diverses dettes. La masse ne sera pas dévolue entièrement. Il faudra défalquer le montant des créances des tiers, mais pas plus dans un cas que dans l'autre, il n'y a indivision.

Pour sortir de l'indivision, le communiste demande le partage, tandis que la femme renonçante pour liquider ses reprises ne demande point le partage. Elle n'a point le droit de provoquer cet acte. Elle n'a qu'un droit : celui de réclamer son paiement et de faire vendre, le cas échéant, les biens de la masse qui doit répondre de cette dette.

M. Savatier, en commentant l'arrêt de la Cour de Paris, se prononce en faveur de la solution qu'il donne. Dans son article, il montre très bien l'intérêt réel de la question : l'intérêt fiscal. Celui-ci consiste à faire échapper au paiement des droits de mutation l'acte par lequel un mari cède à sa femme renonçante un immeuble de communauté en paiement de ses reprises. Mais l'opinion de cet auteur semble quelque peu hardie quand il dit que « c'est toujours à la demande et au profit du fisc », qu'ont été

rendus jusqu'ici les arrêts se refusant à appliquer les règles du partage aux prélèvements de la femme renonçante¹. Alors que la question du prélèvement facultatif n'était pas résolue, les héritiers du mari² auraient pu repousser grâce à cette thèse une demande de prélèvement de la femme³. La transcription opérée au cas de renonciation aura pour effet d'affranchir les immeubles de tout droit réel qui ne se serait pas manifesté en temps utile⁴. Enfin, l'arrêt du 9 novembre 1926 n'est pas non plus relatif à une question fiscale.

M. Savatier écrit que dans le cas d'acceptation ou de renonciation, « la femme est pour ses reprises simple créancière de la communauté ». Ce dont cet auteur ne paraît pas tenir un compte suffisant, c'est de la formule des arrêts rendus en matière de prélèvements : « les prélèvements sont exercés à raison de la double qualité de créancier et de copartageant⁵ ». Les mots « simple créancière » ne sont pas exacts au cas d'acceptation. La jurisprudence a toujours admis depuis 1858 — sauf l'arrêt tout récent de la Cour de Paris — que si la femme acceptante avait le droit de prélever, c'était : 1^o sans doute parce qu'elle était créancière; 2^o parce qu'à son titre de créancière, elle joignait du fait même de son acceptation le titre de copartageante.

1. Exemple dans le sens de M. Savatier, Req., 17 octobre 1893, S. 1894.1.148, D. 1894.1.190.

2. *A fortiori* aujourd'hui puisque l'adversaire d'une femme acceptante peut écarter la demande de prélèvement de celle-ci.

3. Lyon, 12 avril 1867, S. 1867.2.159.

4. Civ., 8 février 1858, D. 1858.1.70.

5. Civ., 6 décembre 1910 précité; Civ., 3 août 1858, S. 1858.1.711; au cas d'acceptation et au cas de renonciation, Req., 9 novembre 1926, D. H. 1926.546.

Des décisions nouvelles dans le sens de l'arrêt de Paris sont possibles sur la question de la lésion. Mais il est fort douteux que cette jurisprudence nouvelle puisse actuellement se développer étant donné l'intérêt fiscal de la question. Il semble donc bien qu'il faille s'en tenir à la théorie jusqu'ici courante et ne pas voir dans la décision du 13 décembre 1928 l'indice d'un revirement de jurisprudence.

2. Pour ce qui est du recours subsidiaire de la femme sur les biens du mari, le prélèvement étant un mode de règlement des reprises au moyen de l'attribution de biens communs, il n'y a plus lieu d'appliquer les règles du prélèvement lorsque la femme exerce un recours sur des biens qui ne sont pas ceux de la communauté, mais ceux du mari. A ce sujet, l'arrêt précité du 3 août 1858 s'exprimait ainsi : « elle (la femme renonçante) agit comme simple créancière de ce dernier (du mari) et reçoit de lui en paiement des biens sur lesquels elle n'a aucun droit de propriété de sorte qu'il s'opère réellement une mutation à son profit¹ ».

Ce recours subsidiaire semble d'ailleurs peu usité en pratique, car il est rare que le mari administrateur d'une communauté débitrice de reprises et qui n'est point suffisante pour les acquitter n'ait point cherché à dissimuler son actif propre ou ait mieux géré ce dernier que la communauté.

Au point de vue du prélèvement, le cas de la femme renonçante et celui du recours subsidiaire sur les biens

1. Nast, t. II n° 831.

du mari sont identiques puisque les biens reçus par la femme dans l'un et l'autre cas sont la propriété exclusive du mari. Les conséquences identiques de ces deux hypothèses sont les suivantes :

1° le recouvrement de la créance des reprises sera poursuivi par les voies ordinaires¹.

2° Si la femme reçoit un immeuble en paiement de ses reprises, il y aura dation en paiement, mutation qui fera passer la propriété de l'immeuble de la tête du mari sur la tête de la femme (comparer art. 1595 al. 2). Les droits de mutation seront exigibles². La transcription devra être opérée³. Elle aura pour conséquence d'affranchir l'immeuble de tous droits réels qui ne se seront pas manifestés en temps utile⁴.

3° Le règlement de leurs reprises fait par les époux n'est plus un partage, mais un contrat soumis aux règles du droit commun, notamment à l'article 1184⁵.

4° Si dans cet acte une lésion de plus du quart a été éprouvée par la femme, elle ne peut demander la rescision de l'acte de liquidation⁶. Cependant, si la cession porte sur un immeuble, la rescision pour lésion de plus des 7/12 est applicable comme au cas de vente (*dare in solutum est quasi vendere*).

1. Req., 15 juillet 1867, S. 1868.1.13, D. 1868.1.267, solution implicite en ce qui concerne le recours subsidiaire. Laurent, t. XXII, n° 518; Nast, t. II, n° 832.

2 et 3. Civ., 3 août 1858, S. 1858. 1.711 (7 espèces); Civ., 24 août 1858, D. 1858.1.350; Civ., 24 décembre 1860, D. 1861.1.23.

4. Req., 9 novembre 1926, D. H. 1926.546.

5. Metz, 12 août 1832, Répertoire de législation Dalloz, mot contrat de mariage, n° 2356; *contra* Paris, 13 décembre 1928.

6. Comparer Planiol, II, n° 2826.

5° La femme pourra exercer son hypothèque légale sur les biens du mari parmi lesquels figureront les anciens biens de communauté, alors que, quant à ces derniers biens, la question est discutée au cas d'acceptation.

CONCLUSION

Arrivés aux termes de nos développements, nous donnerons pour résumer les caractères essentiels du prélèvement, une définition complète et précise de celui-ci. La définition proposée sera celle-ci : « Le prélèvement est une opération facultative pour celui qui en bénéficie, par laquelle un époux commun en biens, créancier de la masse commune pour une cause corrélative à l'indivision, peut, pour se remplir de son droit aux reprises — sauf paiement en argent offert par l'autre époux — prendre en nature des biens communs, dans un certain ordre, avant partage et dans une opération juridiquement assimilée à une opération de partage. »

Maintenant que nous avons envisagé la question du prélèvement sous les différents angles suivant lesquels on peut l'étudier, il nous faut tirer une conclusion. Nous le ferons au triple point de vue historique, fiscal et pratique.

Au point de vue historique, nous savons que notre question, assez peu développée et assez imprécise sous l'ancien régime, a été discutée au cours du xix^e siècle à deux moments surtout; d'abord dans la période qui va de 1853 à 1858, le premier aspect du prélèvement, celui sous lequel il est exercé par l'époux à titre de créancier a été

fort discuté et cette « crise » a été résolue par l'arrêt Moinet. Le deuxième aspect de la question : le prélèvement opération de partage a été surtout discuté vers 1880 au moment de l'affaire Godefroy contre Vergne. Ces deux périodes de crises ont bien dégagé la théorie du prélèvement. Peut-on dire qu'à l'heure actuelle, cette théorie est fixée? Peut-être maintenant à la suite de l'arrêt de la Cour de Paris du 13 décembre 1928 devons-nous nous attendre à voir sinon discuter les principes que nous avons posés mais peut-être modifier certaines conséquences, ce qui est possible puisqu'il y a contradiction interne dans les deux faces de la dualité juridique du prélèvement.

Au point de vue fiscal, cette dualité a été heureusement utilisée pour remédier à certaines conséquences mauvaises pour le redevable qu'aurait pu avoir le prélèvement, si l'on avait développé avec une logique rigoureuse la théorie de l'arrêt Moinet. Celui-ci décidait que l'époux n'est qu'un créancier, quand il exerce le droit de prélèvement. La jurisprudence a été favorable à celui-ci puisque, partie du principe que l'époux en le faisant est un créancier, elle n'a point vu dans cette opération une dation en paiement, ce qui aurait eu entre autres conséquences celle de la soumettre au paiement des droits de mutation et de transcription. Elle a au contraire assimilé le prélèvement à une opération de partage. Elle l'a ainsi rendu plus pratique et moins onéreux pour les époux. Et c'est un résultat dont il faut se louer, aujourd'hui surtout qu'à la suite de la guerre le taux des droits de mutation est très élevé. L'assimila-

tion faite par la jurisprudence — bien qu'elle manque de base juridique très solide quand le prélèvement est isolé du partage — a eu le résultat heureux de permettre l'application de la rescision pour lésion à la matière étudiée. Ainsi le prélèvement, que la jurisprudence a encouragé, pouvait être utilisé par les époux sans que ceux-ci soient arrêtés par des raisons fiscales. Il pouvait donc réaliser pour eux tous les avantages qu'il est susceptible de leur apporter.

Au point de vue pratique, les avantages du prélèvement dans le régime de communauté comme ceux du prélèvement envisagé dans sa théorie générale sont ceux de toute exécution privée : — économie de temps et de frais — économie de procédure et simplification du règlement d'une créance. Il s'effectue sans aucun appel à l'exécution publique, qui est coûteuse et compliquée et qui parfois par ses longueurs et ses formalités semble favoriser aux dépens du créancier le débiteur malhonnête. Nous citerons ici la différence qu'il y a au cours de la tutelle entre le règlement des reprises de la veuve par voie de prélèvement, simple et facile, avec celui qu'il faudrait effectuer si le prélèvement n'existait pas. Il faudrait recourir à la vente des biens, et comme un mineur y serait intéressé il y aurait des formalités, des autorisations, des longueurs, des frais énormes, qui ne profiteraient ni au mineur ni à sa mère.

Avec le prélèvement, le règlement de la créance des reprises est simplifié. Le prélèvement, sorte de saisie dégagée de formalités, est un moyen utile et pratique d'effectuer le premier acte, quelquefois le seul, de la li-

quidation de la communauté. C'est pour cela qu'après avoir de notre mieux essayé de traiter son étude complexe, en considération des avantages qu'il présente, nous souhaitons que — sans s'étendre à la femme renonçante, ce qui serait en contradiction avec son développement historique — il se développe, soit mieux connu et plus souvent utilisé.

Vu : Le Doyen de la Faculté,

H. BERTHELEMY.

Vu : Le Président de la thèse,

R. DEMOGUE

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLETY.

TABLE DES MATIÈRES

Bibliographie	9
Préface	13
Chapitre premier. — Des divers cas de prélèvements (théorie générale du prélèvement, p. 30)	13
Chapitre II. — Position de la question (partie historique, p. 41) ...	41
Chapitre III. — Intérêts pratiques du prélèvement	61
Chapitre IV. — Nature du droit de prélèvement	68
Thèse du droit de propriété	81
Thèse du droit de créance	86
Désavantages de cette théorie	91
Le prélèvement est-il une dation en paiement	92
Au cas de défaut d'inventaire la femme est-elle tenue ultra vires de la moitié des reprises de son mari	97
Différences qui existent entre la créance des reprises et une créance ordinaire	100
Synthèse des deux qualités de créancier et de copartageant ..	105
Assimilation du prélèvement à une opération de partage....	107
Chapitre V. — Conséquences de la qualité du créancier	118
Caractère facultatif du prélèvement	125
Chapitre VI. — Conséquences de la qualité de copartageant	134
Effet déclaratif	134
Transcription	140
Lésion	141
Chapitre VII. — Conditions d'exercice du prélèvement	147
<i>Section I.</i> — Le prélèvement quant aux créances	147
<i>Section II.</i> — Le prélèvement quant aux personnes	152
<i>Sous-section 1.</i> — Quelles sont les personnes qui peuvent prélever	152
<i>Sous-section 2.</i> — Quelle est la capacité requise pour prélever ..	155
<i>Section III.</i> — Le prélèvement quant aux biens	158
<i>Sous-section 1.</i> — Biens qui peuvent ou biens qui ne peuvent pas faire l'objet des prélèvements	159
<i>Sous-section 2.</i> — Ordre des prélèvements (question de preuve, 173)	171

<i>Sous-section 3. — Estimation des biens qui font l'objet du</i>	
<i>prélèvement</i>	176
1° Moment auquel il faut se placer pour faire l'évaluation	
des biens	176
2° Eléments d'appréciation	182
Chapitre VIII. — Fins de non-recevoir à l'exercice du prélèvement	187
Chapitre IX. — Le prélèvement en cas de faillite	192
Chapitre X. — Le prélèvement au point de vue fiscal	200
Chapitre XI. — Le prélèvement est-il applicable aux autres régimes	
matrimoniaux que la communauté légale	206
Chapitre XII. — Cas de la femme renoncante ou exerçant un re-	
cours sur les biens du mari	215
Conclusion	225

Bordeaux. — Imp. J. Bière, 18-20, rue du Peugue. — 1930.
